第七章

与条约解释相关的嗣后协定和嗣后实践

A. 导言

66. 委员会第六十届会议(2008年)决定将“条约随时间演变”专题列入其工作方案，并决定在第六十一届会议上设立一个专题研究组。[521]委员会第六十一届会议(2009年)设立了条约随时间演变专题研究组，由格奥尔格·诺尔特先生担任主席。在该届会议上，研究组的讨论侧重于确定要涵盖的问题、研究组的工作方法和委员会关于该专题的工作可能产生的成果。[522]

67. 从第六十二届至第六十四届会议(2010–2012年)，委员会都重新设立了研究组，由格奥尔格·诺尔特先生任主席。研究组审查了主席非正式提交的三份报告，这些报告分别讨论了国际法院和具有特别管辖权的仲裁庭的相关判例；[523]在特殊制度下与嗣后协定和嗣后实践有关的判例；[524]以及在司法和准司法程序外的国家嗣后协定和嗣后实践。[525]

68. 在第六十四届会议上(2012年)，委员会根据研究组的建议[526]还决定：(*a*) 按照研究组的建议自第六十五届会议(2013年)起改变本专题的工作方式；(*b*) 任命格奥尔格·诺尔特先生为“与条约解释相关的嗣后协定和嗣后实践”专题特别报告员。[527]

69. 在第六十五届会议上(2013年)，委员会审议了特别报告员的第一次报告[528]并暂时通过了五条结论草案。[529]

B. 本届会议审议此专题的情况

70. 委员会在本届会议上收到了特别报告员的第二次报告(A/CN.4/671)，并在2014年5月15日至22日其第3205至3209次会议上进行了审议。

71. 特别报告员在第二次报告中考查了本专题的以下四个方面内容：嗣后协定和嗣后实践的识别(第3–19段)；嗣后协定和嗣后实践可能对条约的解释产生的影响(第20–41段)；第三十一条第三款(*b*)项所指嗣后实践的形式和价值(第42–48段)；当事国就条约解释达成第三十一条第三款所指“协定(agreement)”的条件(第49–75段)；缔约国大会框架内通过的决定(第76–111段)；嗣后协定和嗣后实践的解释范围(第112–166段)。报告还介绍了今后工作方案的一些情况(第167段)。特别报告员就所讨论的每个问题分别提议了一条结论草案。[530]

---

[521] 在2008年8月8日其第2997次会议上(见《2008年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第353段)。有关该专题的提纲，见同上，附件一。大会在2008年12月11日第63/123号决议第6段中注意到该决定。

[522] 见《2009年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第220–226段。

[523] 见《2010年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第345–354段；和《2011年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第337段。

[524] 见《2011年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第338–341段；和《2012年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第230–231段。

[525] 见《2012年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第232–234段。在第六十三届会议(2011年)上，研究组主席提交了根据讨论情况重新拟订的九条初步结论(《2011年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第344段)。在第六十四届会议(2012年)上，主席提交了同样根据研究组的讨论情况重新拟订的六条补充初步结论的案文(《2012年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第240段)。研究组还讨论了今后该专题工作应采取的方式和可能的工作成果。主席拟写了若干建议并得到研究组的一致同意(同上，第235–239段)。

[526] 《2012年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第226–239段。

[527] 同上，第227段。

[528] 《2013年……年鉴》，第二卷(第一部分)，文件A/CN.4/660。

[529] 同上，第二卷(第二部分)，第33–39段。委员会暂时通过了结论1(条约解释通则和资料)、结论2(以嗣后协定和嗣后实践作为作准的解释资料)、结论3(能够随时间演变的条约用语的解释)、结论4(嗣后协定和嗣后实践的定义)和结论5(嗣后实践的归属)的草案

[530] 特别报告员提出的六条结论草案如下：

“结论草案6　嗣后协定和嗣后实践的识别

72. 委员会在2014年5月22日其第3209次会议上将特别报告员第二次报告中所载的结论草案6至11移交起草委员会。

73. 委员会在2014年6月5日其第3215次会议上审议了起草委员会的报告，并暂时通过了五条结论草案（见下文C.1）。

74. 委员会在2014年8月6日其第3239至第3240次会议上通过了本届会议暂时通过的结论草案的评注（见下文C.2）。

C. 委员会第六十六届会议暂时通过的关于与条约解释相关的嗣后协定和嗣后实践的结论草案案文

1. 结论草案案文

75. 委员会第六十六届会议暂时通过的结论草案案文载录如下。

结论 **6** 嗣后协定和嗣后实践的识别

1. 为识别第三十一条第三款所指的嗣后协定和嗣后实践，尤其须确定缔约方是否通过协定或实践就条约的解释采取了立场。通常，如果缔约方只是商定暂不适用条约，或商定确立一种实际安排（临时协议），便不属于这种情况。

2. 第三十一条第三款所指的嗣后协定和嗣后实践可能具有各种形式。

3. 为识别第三十二条所指的嗣后实践，尤其须确定一个或多个缔约方的行为是否处在适用条约过程之中。

结论 **7** 嗣后协定和嗣后实践可能对解释产生的影响

1. 第三十一条第三款所指的嗣后协定和嗣后实践经与其他解释资料互动，有助于澄清条约的含义。这可导致可能的解释范围（包括条约给予缔约方行使自由裁量权的任何范围）变窄、变宽或受到另外的影响。

2. 第三十二条所指的嗣后实践也可能有助于澄清条约的含义。

3. 可以推定，条约缔约方嗣后达成协定或在适用条约方面采用一种实践，其用意是为了解释条约，而不是修正或修改条约。缔约方通过嗣后实践修正或修改条约的可能性尚未得到普遍认可。本结论草案不影响《维也纳条约法公约》和习惯国际法关于修正或修改条约的规则。

结论 **8** 嗣后协定和嗣后实践作为解释资料的权重

1. 嗣后协定或嗣后实践作为第三十一条第三款所指的解释资料的权重，除其他外，取决于其清晰性和特定性。

2. 此外，第三十一条第三款（*b*）项所指的嗣后实践的权重还取决于该实践是否以及如何重复出现。

3. 嗣后实践作为第三十二条所指的补充的解释资料的权重可取决于第**1**和第**2**段所述标准。

“识别第三十一条第三款和第三十二条所述嗣后协定和嗣后实践时需要审慎考虑，特别是要考虑当事国是否通过协定或实践对条约解释采取立场，或是否受到其他考虑的驱动。

“结论草案7 嗣后协定和嗣后实践对条约解释可能产生的影响

“(1) 第三十一条第三款和第三十二条所述嗣后协定和嗣后实践有助于澄清条约的含义，特别是通过缩小或扩大可能的解释范围，或通过指明条约赋予当事国行使酌处权的一定范围澄清含义。

“(2) 嗣后协定和嗣后实践作为解释资料的价值，除其他外，可能取决于其特定性。

“结论草案8 第三十一条第三款(*b*)项所述嗣后实践的形式和价值

“第三十一条第三款(*b*)项所述嗣后实践可有各种形式，必须反映当事国对条约解释的共同理解。嗣后实践作为条约解释资料的价值取决于其在多大程度上一致、共同和连贯。

“结论草案9 与条约解释有关的当事国协定

“(1) 第三十一条第三款(*a*)项和(*b*)项所述嗣后协定不必以任何特定形式达成，此种协定也不必具有约束力。

“(2) 第三十一条第三款(*b*)项所述嗣后协定要求就当事国知悉的条约解释达成共同理解。为确定第三十一条第三款(*b*)项所述协定而必须积极实施嗣后实践的当事国的数目可能各不相同。在有关情形要求作出某种反应时，一个或多个当事国的沉默可以构成对嗣后实践的接受。

“(3) 共同嗣后协定或实践不一定表示当事国之间达成与条约解释有关的协定，而可能表示它们商定暂不适用条约或订立实用安排（临时办法）。

“结论草案10 在缔约国大会框架内通过的决定

“(1) 根据这些结论草案，缔约国大会是缔约国根据条约为审查或执行条约举行的会议，但缔约国作为国际组织机关成员的情况不在此列。

“(2) 在缔约国大会框架内通过的决定所具有的法律效力主要取决于条约和可适用的议事规则。根据情况，这种决定可体现第三十一条第三款(*a*)项所述嗣后协定，或产生第三十一条第三款(*b*)项或第三十二条所述嗣后实践。

“(3) 在缔约国大会框架内通过的决定只要表达缔约国之间就条约解释达成的实质性协议，即体现第三十一条第三款项所述嗣后协定或嗣后实践，无论决定获得通过所采取的形式和程序如何。

“结论草案11 嗣后协定和嗣后实践的解释范围

“(1) 嗣后协定或嗣后实践作为第三十一条第三款所述作准解释资料的解释范围可以宽泛。

“(2) 推定条约缔约国通过嗣后协定或嗣后实践意在解释条约而非修订条约。缔约国通过嗣后实践修订条约的可能性没有得到普遍承认。”

结论 **9** 与条约解释有关的缔约方协定

1. 第三十一条第三款 (*a*) 项和 (*b*) 项所指的协定必须是各缔约方知悉并接受的关于条约解释的共同理解。这种协定虽然应予以考虑，但不必具有法律约束力。

2. 为确立第三十一条第三款 (*b*) 项所指的协定而必须积极从事嗣后实践的缔约方数目可能不尽相同。在有关情况要求作出某种反应时，一个或多个缔约方的沉默可能构成对嗣后实践的接受。

结论 **10** 在缔约国大会框架内通过的决定

1. 为本结论草案的目的，缔约国大会指缔约国为了审查或执行条约而举行的会议，但缔约国作为国际组织机关成员行事的情况不在此列。

2. 在缔约国大会框架内通过的决定所具有的法律效力主要取决于条约和任何可适用的议事规则。根据情况，这种决定可明确或间接地体现第三十一条第三款 (*a*) 项所指的嗣后协定，或产生第三十一条第三款 (*b*) 项或第三十二条所指的嗣后实践。在缔约国大会框架内通过的决定通常为执行条约提供了非排他性的一系列可行选择。

3. 在缔约国大会框架内通过的决定只要表达了缔约国之间就条约的解释达成的实质性协议，则不论决定以何种形式和程序通过，包括经协商一致通过，均构成第三十一条第三款所指的嗣后协定或嗣后实践。

2. 委员会第六十六届会议暂时通过的结论草案案文及其评注

76. 委员会第六十六届会议暂时通过的结论草案案文及其评注载录如下。

结论 **6** 嗣后协定和嗣后实践的识别

1. 为识别第三十一条第三款所指的嗣后协定和嗣后实践，尤其须确定缔约方是否通过协定或实践就条约的解释采取了立场。通常，如果缔约方只是商定暂不适用条约，或商定确立一种实际安排（临时协议），便不属于这种情况。

2. 第三十一条第三款所指的嗣后协定和嗣后实践可能具有各种形式。

3. 为识别第三十二条所指的嗣后实践，尤其须确定一个或多个缔约方的行为是否处在适用条约过程之中。

评注

(1) 结论草案6的目的是要表明，嗣后协定和嗣后实践作为解释资料必须加以识别。

(2) 第1段第一句提到，为了第三十一条第三款 (*a*) 项和 (*b*) 项的目的而识别嗣后协定和嗣后实践，要求特别考虑这样的问题：有关各方是否通过协议或实践就条约的解释采取了立场，或者它们是否受其他考虑的驱动。

(3) 第三十一条第三款 (*a*) 项所指的嗣后协定必须是“关于条约之解释或其规定之适用”的，第三十一条第三款 (*b*) 项所指的嗣后实践必须是“在条约适用方面”的，从而确定了“对条约的解释”的一致 (agreement)。[531] 在第三十一条第三款中，“解释”和“适用”两个用语之间的关系并非一目了然。“解释”是澄清条约（包括其中一项或多项条款）的含义的过程。“适用”包括全部或部分地行使条约权利或履行条约义务的行为。“解释”是指心理过程，而“适用”侧重于实际的行为（作为或不作为）。从这个意义上说，这两个概念是有区别的，可用于第三十一条第三款之下的不同用途（见下文第 (4)–(6) 段），但它们也密切相关，互以对方为基础。

(4) 虽然有些“解释”问题可能一直与条约的适用无关，[532] 但条约的适用几乎必然涉及某种解释因素——即使在有关规则从表面看来一目了然的情况下。[533] 因此，“关于条约之解释”的协定或行为以及

[531] 见结论草案4及其评注的第 (16)–(19) 段（《2013年……年鉴》，第二卷（第二部分），第四章，C.2节，第32和第35页）。

[532] 根据Haraszti的看法，解释“将阐明文本的意思视为其目标”，而适用“意味着说明给缔约各方带来的后果”（G. Haraszti, *Fundamental Problems of the Law of Treaties*, Budapest, Akadémiai Kiadó, 1973，第18页）；不过他承认，“不论以任何形式呈现的法律规则，除非其内容得到阐明，否则不可能适用”（同上，第15页）。

[533] “[Harvard] Draft Convention on the Law of Treaties”, *Supplement to the* AJIL, vol. 29 (1935)，第657页及其后，详第938–939页；A. McNair, *The Law of Treaties*, Oxford, Clarendon Press, 1961，第372页；I. Sinclair, *The Vienna Convention on the Law of Treaties*, 2nd rev. ed., Manchester University Press, 1984，第116页；国际法不成体系问题：国际法多样化和扩展引起的困难国际法委员会研究组的报告，定稿人：马尔蒂·科斯肯涅米 (A/CN.4/L.682和Corr.1［和Add.1］)，第423段（可获自委员会网站，第五十八届会议文件；最终文本将作为《2006年……年鉴》，第二卷（第一部分）的增编出版）；R. K. Gardiner, *Treaty Interpretation*, Oxford University Press, 2008，第27–29页和第213页；M. K. Yasseen, “L’interprétation des traités d’après la Convention de Vienne sur le droit des traités”, *Collected Courses of the Hague Academy of International Law 1976–III*, vol. 151，第47页；U. Linderfalk, “Is the hierarchical structure of articles 31 and 32 of the Vienna Convention real or not?

“条约适用方面”的协定或行为都意味着各方就条约的解释采取了立场，或者可将这种立场归于它们。[534] 在第三十一条第三款(*a*)项（第一个选项）“当事国嗣后所订关于条约之解释……协定”的情况下，对条约解释的立场是各方具体并有目的地采取的，而在第三十一条第三款(*a*)项（第二个选项）“关于条约之适用的嗣后协定”的情况下，这一点不那么容易辨认出来。[535] 根据第三十一条第三款(*b*)项进行的一些单纯的适用行为，即“根据所解释的条约而采取的每一项措施”，也隐含着“通过适用”就解释采取的立场，[536] 因此，第三十一条第三款(*a*)项中的“或”字并不是描述“解释”和“适用”之间的互相排斥关系。

(5) 然而，“适用”条约对于解释条约的目的而言的意义，并不限于识别有关缔约国而就条约的解释采取的立场。事实上，适用条约的方式不仅有助于确定条约的意义，而且有助于识别缔约国所采取的解释在多大程度上是“有根据的”，从而或多或少是稳固确立的。

(6) 应该指出的是，条约的“适用”并不一定反映缔约国有这样的立场，即这种适用是根据条约在当时情况下在法律上唯一可能的适用（见下文结论草案7，第1段）。而且，对于非国家行为体的某些行为，条约承认这些行为是可归于缔约方的适用的形式，[537] 因而可构成确立缔约方之间的一致的实践，“适用”的概念并不排除这些行为。最后，在适用条约时的某一特定行为的法律意义不一定局限于其可能根据第三十一条对解释作出的贡献，其也可能对履行举证责任[538] 或满足其他规则的条件[539] 作出贡献。

(7) 不受条约义务驱动的嗣后行为，不是第三十一条第三款意义上的“适用条约”的行为或“关于”条约解释的行为。例如，在关于*联合国某些经费*案的咨询意见中，一些法官怀疑联合国会员国继续缴纳其会费是否等于接受该组织的某些做法。[540] 菲茨莫里斯法官在这方面提出了一个著名的警告，他说，“从实践中得出的论点，如果走得太远，则会招来问题”。[541] 菲茨莫里斯认为，“从会员国缴费这个单纯的事实推断出它们必然在所有情况下都承认存在着缴费的实在法义务，这几乎是不可能的”。[542]

(8) 同样，在*卡塔尔与巴林间海洋划界和领土问题*案中，国际法院认为，1987年协定（关于将争端提交国际法院管辖的协定）的当事方努力缔结一项附加的特别协定（该协定将说明争端所涉的事项）并不意味着当事方实际上将缔结这样的附加协定视为确

Interpreting the rules of interpretation”, *Netherlands International Law Review*, vol. 54, No. 1（May 2007），第141–144页和第147页；G. Distefano, “La pratique subséquente des États parties à un traité”, *Annuaire français de droit international*, vol. 40（1994），第44页；及M. E. Villiger, “The rules on interpretation: misgivings, misunderstandings, miscarriage? The ‘crucible’ intended by the International Law Commission”，载于E. Cannizzaro (ed.), *The Law of Treaties beyond the Vienna Convention*, Oxford University Press, 2011，第111页。

[534] Gardiner, *Treaty Interpretation*（见上文脚注533），第235页；U. Linderfalk, *On the Interpretation of Treaties*: *the Modern International Law as Expressed in the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties*, Dordrecht, Springer, 2007，第162页；W. Karl, *Vertrag und spätere Praxis im Völkerrecht*, vol. 84, *Beiträge zum ausländischen* öffentlichen *Recht und Völkerrecht*, Berlin, Springer, 1983，第114和118页；及O. Dörr, “Article 31. General rule of interpretation”，载于O. Dörr and K. Schmalenbach (eds.), *Vienna Convention on the Law of Treaties*: *a Commentary*, Berlin, Springer, 2012，第556–557页，第80和82段。

[535] 此第二个选项应巴基斯坦提议而引入，但其范围和目的从未得到讨论或澄清，《联合国条约法会议正式记录，第一届会议，1968年3月26日至5月24日，维也纳，全体会议和全体委员会会议的简要记录》（A/CONF.39/11，联合国出版物，出售品编号E.68.V.7），全体委员会第三十一次会议，1968年4月19日，第168页，第53段。

[536] Linderfalk, *On the Interpretation of Treaties* …（见上文脚注534），第164–165和167页；另见结论草案1，第4段，和结论草案4，第3段（《2013年……年鉴》，第二卷（第二部分），第21和32页）。

[537] L. Boisson de Chazournes, “Subsequent practice, practices, and ‘family-resemblance’: towards embedding subsequent practice in its operative milieu”，载于G. Nolte (ed.), *Treaties and Subsequent Practice*, Oxford University Press, 2013，第53页，详第54、56及59–60页。

[538] 见*消除一切形式种族歧视国际公约*的适用（*格鲁吉亚诉俄罗斯联邦*），初步反对意见，判决，《2011年国际法院汇编》，第70页，详第117页，第105段，国际法院在这里否认某些行为（声明）满足了举证责任，能证明俄罗斯联邦在1999年至2008年7月期间履行了其按照《消除一切形式种族歧视国际公约》所承担的义务，这特别是因为有关行为不是专门与《公约》相关。根据辛马法官的意见，举证责任已经在一定程度上得到履行，见辛马法官的个别意见，同上，第199–223页，第23–57段。

[539] *卡西基利/塞杜杜岛*（*博茨瓦纳诉纳米比亚*），判决，《1999年国际法院汇编》，第1045页，国际法院不仅从条约的解释角度而且从取得时效的角度分析了嗣后实践（见第1092–1093页，第71段，第1096页，第79段，及第1105页，第97段）。

[540] *联合国某些经费*（《*宪章*》第十七条第二项），1962年7月20日的咨询意见，《1962年国际法院汇编》，第151页，详第201–202页（菲茨莫里斯法官的个别意见）及第189–195页（斯彭德法官的个别意见）。

[541] 同上，第201页。

[542] 同上。

立国际法院管辖权的必要条件。[543]

(9) 另有一个自愿性实践的例子，其本意不是“在适用条约”或“关于解释条约”，它涉及难民法方面的“补充保护”问题。未获《关于难民地位的公约》所规定的难民地位者往往会获得相当于《公约》中难民地位的“补充保护”。然而给予补充保护的国家并不认为自己的行为是在“适用”该公约或其行为是“关于条约的解释”。[544]

(10) 有时很难将第三十一条第三款 (*a*) 项和 (*b*) 项涉及条约的解释或适用的有关嗣后协定或实践，与条约更大范围内的其他行为或发展（其中包括在条约主题事项领域的“同时代发展”）加以区分。然而这样的区分是重要的，因为唯有缔约方就解释作出的行为才能将在解释的过程中有特定的权威。一般的规则似乎是，协定或实践与条约的关联越具体，它根据第三十一条第三款 (*a*) 项和 (*b*) 项获得的解释性权重就越多。[545]

(11) 将第三十一条第三款 (*a*) 项和 (*b*) 项下的嗣后协定或嗣后实践定性为就条约的解释采取了立场，往往需要谨慎的事实分析和法律分析。从司法实践和国家实践中摘取的例子可以说明这一点。

(12) 国际法院的案例提供了若干例子。一方面，法院不认为两国“部长级联合公报”包括在“自由航行权传统的基础”之内，因为“他们设立的合作模式很可能得到修改以适合双方”。[546]但是法院还认为，如果对条约的解释中无某些特定主张，或条约的适用无某些特定形式，这本身就构成一种实践，表明了缔约方的一种法律立场，根据这种立场，关于有毒武器的各项条约是不禁止核武器的。[547]无论如何，只能通过认真考虑缔约方集体意见之表达是否以及在何种程度上意在涉及“条约的解释”，才能确定这一表达所具有的确切意义。因此，法院在*南极捕鲸*案中认为，缔约国以协商一致方式核可的［国际捕鲸委员会］的有关决议和准则要求缔约国考虑能否通过使用非致命性研究方法实际和科学地实现研究目标，但它们并不是确立一项要求，规定只有当其他方法不可用时才能使用致命的方法。[548]

(13) 伊朗—美国索赔法庭曾面对过这样的问题：《索赔解决声明》是否要求美国将军事财产归还伊朗。法庭提及缔约方的实践，认定这一条约隐含着在不归还的情况下给予补偿的义务：

> 66. ……虽然总声明的第9段并没有明确说一旦因1979年11月14日之前适用的［美国］法律规定而某些物品不能归还时，有补偿伊朗的任何义务，但法庭认为，这样的义务隐含在该段里。
>
> ……
>
> 68. 此外，法庭注意到，载于上文第66段的解释与缔约方适用《阿尔及尔协定》的嗣后实践，特别是与美国的行为是一致的。这样的实践，根据《维也纳公约》第三十一条第三款 (*b*) 项，在解释条约时也应考虑到。美国在1981年3月26日致函伊朗，告知它国防物品的出口将不予批准时，明确表示，“对伊朗在设备方面的成本将尽可能给以偿还”。[549]

霍尔茨曼法官在反对意见中批评了这一立场：

> 缔约国的嗣后行为只有在显然受条约驱动时，才能成为解释条约的适当基础。这里没有证据表明，甚至没有人辩称，美国对伊朗财产予以赔偿的意愿依据的是据信第9段所规定的义务。这种行为就相当于承认合同中的付费义务。如果没有

[543] *卡塔尔与巴林间海洋划界和领土问题*，管辖权和可受理性，判决，《1995年国际法院汇编》，第6页，详第76页，第28段。

[544] 见A. Skordas, “General provisions: article 5”，载于A. Zimmermann (ed.), *The 1951 Convention relating to the Status of Refugees and its 1967 Protocol*: *a Commentary*, Oxford University Press, 2011，第682页，第30段；及J. McAdam, *Complementary Protection in International Refugee Law*（Oxford University Press, 2007），第21页。

[545] 关于协定或实践作为解释资料的“权重”，见结论草案8；区别当事方在解释条约方面的具体行为与一般性发展的必要性和困难性的实例见*海洋争端*（*秘鲁诉智利*），判决，《2014年国际法院汇编》，第3页及其后，详第41–58页，第103、104–117和118–151段；另见上文脚注533。

[546] *关于航行权和相关权利的争端*（*哥斯达黎加诉尼加拉瓜*），判决，《2009年国际法院汇编》，第213页及其后，详第234–235页，第40段；另见*卡西基利/塞杜杜岛*（*博茨瓦纳/纳米比亚*）（上文脚注539），详第1091页，第68段，法院在这里暗示，当事一方不认为某些形式的实际合作对所涉边界问题具有法律意义，因此不同意另一当事方的相反立场。

[547] *以核武器进行威胁或使用核武器的合法性*，咨询意见，《1996年国际法院汇编》，第226页及其后，详第248页，第55–56段；另见*石油平台*（*伊朗伊斯兰共和国诉美利坚合众国*），初步反对意见，1996年12月12日的判决，《1996年国际法院汇编》，第803页及其后，详第815页，第30段；及Gardiner, *Treaty Interpretation*（上文脚注533），第232–235页。

[548] *南极捕鲸*（*澳大利亚诉日本：新西兰参与诉讼*），判决，《2014年国际法院汇编》，第226页及其后，详第257页，第83段。

[549] *伊朗伊斯兰共和国诉美利坚合众国*，1988年8月31日的第382-B1-FT号部分裁决，伊朗—美国索赔法庭，*Iran–United States Claims Tribunal Reports*, vol. 19（1988-II），第273页及其后，详第294–295页。关于《阿尔及尔协定》，特别是1981年1月19日阿尔及利亚民主人民共和国关于美利坚合众国政府和伊朗伊斯兰共和国政府索赔解决的声明，见ILM, vol. 20, No. 1（1981），第230页及其后。

迹象表明行为受条约驱动，就不应当用该行为来解释条约。[550]

多数意见和反对意见结合起来表明，必须认真分析缔约方是否通过协定或行为“就条约的解释”采取了立场。

（14）有时也可从条约或某一具体规定的性质推断出缔约国就条约的解释采取了立场这一事实。[551]适用条约方面的嗣后实践往往包括国家不同机关（行政、立法、司法或其他机关）在不同层面（国内和国际）有意识地适用条约的行为，而例如欧洲人权法院等机构，在大多数情况下不明确处理特定实践的实施是否涉及“解释”《欧洲人权公约》这一问题。[552]因此，在说明成员国国内法律状况时，法院很少问某一种特定的法律状况是否是对公约的可能要求进行讨论的立法程序的结果。法院实际上假定，成员国在进行立法或以其他特定方式行事时意识到其在公约下的义务，而且它们的行事方式反映出它们对自己义务的理解。[553]美洲人权法院有时也使用立法实践作为一种解释资料。[554]与国际法院一样，欧洲人权法院偶尔甚至认为，缔约方对该公约的某一特定解释“缺乏任何理解”可表示它们就条约的解释采取了一种立场。[555]

（15）1949年《关于战俘待遇之日内瓦公约》（第三公约）第一一八条规定：“实际战事停止后，战俘应即予释放并遣返，不得迟延”。为防止有些国家滥引战俘意愿拖延遣返，缔约国刻意没有宣布战俘不想被遣返的意愿具有相关性。[556]然而红十字国际委员会始终坚持将战俘不被遣返的意愿得到各国尊重作为其参与的条件。[557]这种做法已经反映在缔约国的实践之中，然而这并不一定意味着第一一八条应解释为要求不得违反战俘意愿遣返他们。红十字国际委员会在对习惯国际人道法所作的研究中在对第128 A条规则的评注里审慎指出：

> 根据《日内瓦第四公约》，不得将任何被保护人移送至“因其政治意见或宗教信仰有恐惧迫害之理由”的国家［《关于战时保护平民之日内瓦公约》（《日内瓦第四公约》）第四十五条第四款］。《日内瓦第三公约》不包含类似的条款，但自1949年以来的实践已发展到这样的程度，即在红十字国际委员会发挥中立调解人作用的每一次遣返行动中，无论是国际还是非国际冲突，冲突各方接受了红十字国际委员会的参与条件，这包括红十字国际委员会能够在遣返（非国际性武装冲突时则为释放）之前，通过私下与有关人员面谈，查验他们是否愿意被遣返（或释放）。[558]

（16）这一措辞表明，尊重战俘意愿这一国家实践仅存在于红十字国际委员会参与且该组织提出了尊重战俘意愿这一条件的情况下。各国从这一实践中得出了不同结论。[559]2004年《联合王国武装冲突手册》规定：

> 较有争议的问题是，是否即便违背战俘本人的意愿，也必须将其遣送回国。最近的国家实践表明，不应这么做。联合王国的政策是，不应违背战俘意愿将其遣送回国。[560]

---

[550] 霍尔茨曼法官的个别意见，部分赞同、部分反对，*伊朗伊斯兰共和国诉美利坚合众国*，第382-B1-FT号部分裁决（见上文脚注549），第304页。

[551] 见特别报告员的第二次报告（A/CN.4/671），第15段。

[552] 例如，见*Soering诉联合王国*，申请号14038/88，1989年7月7日的判决，欧洲人权法院，*Series A*, No. 161，第103段；*Dudgeon诉联合王国*，申请号7275/76，1981年10月22日的判决，欧洲人权法院，*Series A*, No. 45，第60段；*Demir和Baykara诉土耳其*，申请号34503/97，2008年11月12日的判决（关于案情和公正抵偿），大审判庭，欧洲人权法院，*Reports of Judgments and Decisions* 2008，第48段；而与之形成对比的是，*Mamatkulov和Askarov诉土耳其*，申请号46827/99和46951/99，2005年2月4日的判决，大审判庭，欧洲人权法院，*Reports of Judgments and Decisions* 2005-I，第146段；及*Cruz Varas等诉瑞典*（见上文脚注106），第100段。

[553] 见上文脚注552；进一步见*Marckx诉比利时*，申请号6833/74，1979年6月13日的判决，欧洲人权法院，*Series A*, No. 31，第41段；*Jorgic诉德国*，申请号74613/01，2007年7月12日的判决，欧洲人权法院，*Reports of Judgments and Decisions* 2007-III，第69段；及*Mazurek诉法国*，申请号34406/97，2000年2月1日的判决，欧洲人权法院，*Reports of Judgments and Decisions* 2000-II，第52段。

[554] 例如，见*Hilaire, Constantine和Benjamin等诉特里尼达和多巴哥*，2002年6月21日的判决（案情，赔偿和费用，判决），美洲人权法院，*Series C*, No. 94，第12段。

[555] *Banković等诉比利时等*，申请号52207/99，关于可受理性的决定，大审判庭，欧洲人权法院，*Reports of Judgments and Decisions* 2001-XII，第62段。

[556] 见C. Shields Delessert, *Release and Repatriation of Prisoners of War at the End of Active Hostilities*, Zurich, Schulthess, 1977，第145–156页和第171–175页；泛论遣返义务，见S. Krähenmann, “Protection of prisoners in armed conflict”，载于D. Fleck (ed.), *The Handbook of International Humanitarian Law*, 3rd ed., Oxford University Press, 2013，第409–410页。

[557] 因此，红十字国际委员会通过其介入，力求调和快速遣返与尊重战俘意愿这两种利益（见Krähenmann（上文脚注556），第409–410页）。

[558] J.-M. Henckaerts和L. Doswald-Beck, *Customary International Humanitarian Law*, vol. I, *Rules*, Cambridge, ICRC and Cambridge University Press, 2005，第455页。

[559] J.-M. Henckaerts和L. Doswald-Beck (eds.), *Customary International Humanitarian Law*, vol. II, *Practice*, Cambridge, ICRC and Cambridge University Press, 2005，第2893–2894页，第844–855段，以及对澳大利亚、以色列、荷兰和西班牙的在线更新，可获自www.icrc.org/customary-ihl/eng/docs/v2_rul_rule128_section D。

[560] 大不列颠及北爱尔兰联合王国，国防部，*The Manual of the Law of Armed Conflict*, Oxford University Press, 2004，第

(17) 专门将“必须”和“应”二词同时使用，说明联合王国同其他国家一样，并不认为嗣后实践反映了必须始终尊重战俘公开宣称的意愿这种条约解释。[561]

(18) 源自判例和国家实践的上述例子证明，有必要审慎识别和解释嗣后协定和嗣后实践，特别是要问清，缔约方是否通过协定或实践就条约的解释采取了立场，或者是否出于其他考虑。[562]

(19) 第1段第二句只起说明作用。该句是指两类需要与关于条约解释的实践作出区分的情况。

(20) 缔约方拥有共同嗣后实践不一定表明缔约方就条约的解释达成了协议，也可能意味着缔约方商定暂不适用条约，[563]或商定确立一种实际安排（临时协议）。[564]以下例子起说明作用。

(21)《关于改善战地武装部队伤员境遇的1864年8月22日日内瓦公约》第七条规定，“医院、救护车和疏散队应采用特殊的统一旗帜。……[这一]……旗帜应绘以白底红十字”。[565]1877–1878年俄土战争期间，奥斯曼帝国宣布，未来将以白底红新月作为救护车标志，同时尊重保护敌方救护车的红十字标志，并表示《公约》的特殊标志“迄今一直让[土耳其]无法行使《公约》规定的权利，因为这一标志冒犯了穆斯林士兵”。[566]因为这一声明，奥斯曼帝国、瑞士（作为保存国）和其他缔约方经通信商定，接受红新月标志，但仅限冲突期间。[567]在1899年和1907年海牙和平会议上以及1906年日内瓦修约会议期间，奥斯曼帝国、波斯和暹罗要求将红新月、红狮与日以及红焰标志加入《公约》未果。[568]不过在1906年，奥斯曼帝国和波斯至少让两国为此提出的“保留”得到了接受。[569]但是，1906年奥斯曼帝国和波斯的保留获得接受，并不意味着各缔约方认可在1906年之前通过未受异议的嗣后实践以特定方式解释了《关于改善战地武装部队伤员境遇的1864年8月22日日内瓦公约》。至少到1906年，奥斯曼帝国和波斯的实践都不被视为1864年《日内瓦公约》的内容，只是将其作为不改变一般条约义务的暂行特例措施予以接受。

(22) 结论草案6第2段的目的在于，承认第三十一条第三款 (*a*) 项和 (*b*) 项所指的嗣后协定和嗣后实践可能具有各种形式。委员会已承认第三十一条第三款 (*b*) 项所指的嗣后实践包括适用条约过程中任何可能有助于确定对该条约解释的一致 (agreement) 的“行为”，包括某些情况下的不作为。[570]根据所涉条约的情况，这不仅包括对外行为，例如国际一级的正式行动、声明和投票，还包括国内的立法、行政和司法行为，甚至可能包括非国家行为者的可归属于一个或多个缔约方并在该条约认为属于其适用形式范围内的行为。[571]因此，可能催生第三十一条第

205页，第8.170段。

[561] 美国的手册只提到患病或受伤的战俘的意愿，见Henckaerts和Doswald-Beck, *Customary International Humanitarian Law*, vol. II, *Practice*（上文脚注559），第2893–2894页，第844–855段；但美国在第二次海湾战争之后的做法是由红十字国际委员会来确定战俘的意愿并采取相应行动（美利坚合众国，国防部，*Conduct of the Persian Gulf War*: *Final Report to Congress*, United States Government Printing Office, 1992，第707–708页）。

[562] 见特别报告员的第二次报告 (A/CN.4/671)，第11–18段。另见L. Crema, “Subsequent agreements and subsequent practice within and outside the Vienna Convention”，载于Nolte (ed.), *Treaties and Subsequent Practice*（上文脚注537），第25–26页。

[563] 见特别报告员的第二次报告 (A/CN.4/671)，第71段。

[564] 见关于航行权和相关权利的争端（上文脚注546），详第243–235页，第40段；乌拉圭河纸浆厂（阿根廷诉乌拉圭），2010年4月20日的判决，《2010年国际法院汇编》，第14页及其后，详第65–66页，第138–140段；J. Crawford, “A consensualist interpretation of article 31 (3) of the Vienna Convention on the Law of Treaties”，载于Nolte(ed.), *Treaties and Subsequent Practice*（上文脚注537），第32页；另一个例子见特别报告员的第二次报告 (A/CN.4/671)，第72段；及J. R. Crook(ed.), “Contemporary practice of the United States relating to international law”, AJIL, vol. 105, No. 4 (2011)，第809–812页。

[565]《关于改善战地武装部队伤员境遇的1864年8月22日日内瓦公约》(1864年8月22日通过，1865年6月22日生效)。

[566] *Bulletin international des Sociétés de secours aux militaires blessés*, No. 29，1877年1月，第35–37页，引用于F. Bugnion, *The Emblem of the Red Cross*: *a Brief History*, Geneva, ICRC, 1977，第15–16页。

[567] *Bulletin international des Sociétés de secours aux militaires blessés*, No. 31，1877年7月，第89页，引用于Bugnion（见上文脚注566），第18页。

[568] Bugnion，同上，第19–31页。

[569] 1923年埃及通过继承而加入，见Bugnion，同上，第23–26页。1929年修订各项日内瓦公约时，土耳其、波斯和埃及声称，使用其他标志已成为既成事实，且这些标志已在实践中使用而未致任何异议，红新月和红狮与日这才最终被《改善战地武装部队伤者病者境遇之日内瓦公约》(1929年）第十九条承认为特殊标志。

[570] 结论草案4的评注第 (16)–(19) 段（《2013年……年鉴》，第二卷（第二部分），第四章，第35页）。

[571] 例如，见结论草案5的评注，同上，第38–42页；Boisson de Chazournes, “Subsequent practice …”（上文脚注537），第54、56和59–60页；及Gardiner, *Treaty Interpretation*（上文脚注533），第228–230页。另见海洋争端（秘鲁诉智利）（上文脚注545），第41–45页，第103–111段和第48–49页，

三款 (*b*) 项所指的嗣后实践的单个行为无需满足任何特定形式标准。[572]

(23) 国际一级的嗣后实践不一定必须是联合行为。[573]只要行为并行发生即可。至于并行活动是否在实际上表达了某特定案件中对某项条约解释的共同理解 (agreement)，则是另一项单独的问题（见下文结论草案9第1段）。[574]嗣后协定既见于有法律约束力的条约，亦见于谅解备忘录等没有约束力的文书。[575]嗣后协定还见于缔约国大会的某些决定（见下文结论草案10第1、第2和第3段）。

(24) 本条结论草案第3段规定，识别第三十二条所指的嗣后实践时，解释者尤其须确定一个或多个缔约方的行为是否是在适用条约。[576]委员会决定在单独的一段中论述第三十二条所指的“其他嗣后实践”（见结论草案4第3段）[577]，是为了分析上清晰起见（见下文结论草案7第2段和结论草案8第3段），但并不因此对解释过程的整体性提出质疑。有关识别第三十一条第三款 (*a*) 项和 (*b*) 项所指的嗣后协定和嗣后实践的考虑因素亦比照适用于识别第三十二条所指的“其他嗣后实践”。因此，某条约非全体缔约方之间就该条约的解释或适用达成的协定是第三十二条所指的嗣后实践的一种形式。

(25) 一个实际安排的例子是美利坚合众国运输部与墨西哥合众国通信和运输部2011年7月6日签订的《关于国际跨境卡车货运服务的谅解备忘录》。[578]该谅解备忘录并未提及《北美自由贸易协定》的第三方加拿大，而是指出，备忘录“不影响美国和墨西哥在《北美自由贸易协定》下的权利和义务”。这些情况表明，该谅解备忘录不声称构成第三十一条第三款 (*a*) 或 (*b*) 项所指的对《北美自由贸易协定》的解释的协定，而是仅限于作为有限数目的当事方之间的实际安排，其他当事方或司法及准司法机构是可以对这一安排提出质疑的。

结论 7　嗣后协定和嗣后实践可能对解释产生的影响

1. 第三十一条第三款所指的嗣后协定和嗣后实践经与其他解释资料互动，有助于澄清条约的含义。这可导致可能的解释范围（包括条约给予缔约方行使自由裁量权的任何范围）变窄、变宽或受到另外的影响。

2. 第三十二条所指的嗣后实践也可能有助于澄清条约的含义。

3. 可以推定，条约缔约方嗣后达成协定或在适用条约方面采用一种实践，其用意是为了解释条约，而不是修正或修改条约。缔约方通过嗣后实践修正或修改条约的可能性尚未得到普遍认可。本结论草案不影响《维也纳条约法公约》和习惯国际法关于修正或修改条约的规则。

评注

(1) 结论草案7涉及嗣后协定和嗣后实践可能对条约解释产生的影响，旨在说明嗣后协定和嗣后实践可以如何有助于澄清条约的含义。第1段强调嗣后协定和嗣后实践必须与其他解释资料互动（见结论草案1，第5段）。[579]因此，它们本身未必具有决定性。

(2) 嗣后协定和嗣后实践与所有解释资料一样，可能对条约解释这一互动过程产生各种影响，这一过程包括在任何具体案件中，对“单一的综合行动”中的各种解释资料各给予适当强调。[580]因此，考虑第三十一条第三款和第三十二条所指的嗣后协定和嗣

第119–122段， 和 第50页， 第126段；及Dörr, “Article 31. General rule of interpretation”（上文脚注534），第555–556页，第78段。

[572] Gardiner, *Treaty Interpretation*（见上文脚注533），第226–227页。

[573] 柏威夏寺（柬埔寨诉泰国），案情，1962年6月15日的判决，《1962年国际法院汇编》，第6页及其后，详第32页；及卡西基利/塞杜杜岛（见上文脚注539），第1213页，第17段（帕拉-阿朗古伦法官的反对意见）。

[574] 尼加拉瓜和洪都拉斯间在加勒比海的领土和海洋争端（尼加拉瓜诉洪都拉斯），判决，《2007年国际法院汇编》，第659页及其后，详第737页，第258段；但是，见大陆架（突尼斯/阿拉伯利比亚民众国），判决，《1982年国际法院汇编》，第18页及其后，详第84页，第117段，其中，法院将争议双方授予的特许权视为双方默示协定的证据；另见海洋争端（秘鲁诉智利）（上文脚注545）。

[575] Gardiner, *Treaty Interpretation*（见上文脚注533），第244和250页。

[576] 见上文，本评注第 (1) 至 (4) 段；另见特别报告员的第二次报告 (A/CN.4/671)，第3–5段。

[577] 《2013年……年鉴》，第二卷（第二部分），第20页及其后。

[578] Crook (ed.), “Contemporary practice of the United States …”（见上文脚注564），第809–812页；另见：Mexico, *Diario Oficial de la Federación*（2011年7月7日）。

[579] 对结论草案1第5段的评注，即对结论草案1的评注第 (12)–(15) 段（《2013年……年鉴》，第二卷（第二部分），第24–25页）。

[580] 同上。

后实践可以通过缩小（具体说明）某个用语或条款的可能含义，或整个条约的范围（见下文第(4)、(6)–(7)、(10)和(11)段），帮助澄清条约的含义。[581]另一方面，这种考虑也可以通过证实更广义的解释，帮助澄清条约的含义。最后，它有助于理解缔约方可作出的可能解释的范围，包括缔约方根据条约行使酌处权的范围（见下文第(12)–(15)段）。

(3) 国际性法院和法庭通常在具体案件的论证过程中首先确定条约用语的“通常含义”。[582]法院大多在审理的稍后阶段，即考虑某项行为是证实还是更改了通过最初对通常含义的解释（或通过其他解释资料）得出的结果时，才考虑嗣后协定和嗣后实践。[583]如果缔约方不想表达用语的通常含义，而想表达第三十一条第四款意义下的特殊含义，那么嗣后协定和嗣后实践可能有利于说明该特殊含义。以下例子[584]显示了嗣后协定和嗣后实践作为解释资料，如何可在解释过程中通过与其他资料的互动，协助澄清条约的含义。

(4) 嗣后协定和嗣后实践可以通过从某个用语的多重含义中确认一个狭义的解释，来帮助确定该用语的“通常含义”。例如，[585]国际法院在关于*以核武器进行威胁或使用核武器的合法性*的咨询意见中确认，短语“毒药或有毒武器”：

在国家实践中通常被理解为主要、甚至唯一作用是使人中毒或窒息的武器。这个做法十分明确，相关文书的缔约方并没有将该词理解为指核武器。[586]

(5) 另一方面，嗣后实践也可以防止将一般用语限定为只有某个特定含义，而否认其他可能的含义。[587]例如，国际法院在*摩洛哥境内美利坚合众国国民的权利案*中称：

检查相关材料给人的一般印象是，海关工作人员……已利用了他们能够获得的一切评估材料，虽然利用方式可能不尽一致。

在这种情况下，法院认为［阿尔赫西拉斯国际会议总议定书］第95条没有对争议问题订立严格规则。该条需要一个比本案中当事双方各自的主张更为灵活的解释。[588]

(6) 不同形式的实践可能导致对同一条约中的某些用语作出狭义的解释，而对另一些用语作出广义的解释。[589]

(7) 条约应依其用语在“上下文”中具有的通常含义加以解释（第三十一条第一款）。嗣后协定和嗣后实践通过与这一具体解释资料的互动，也可以有助于对条约中的用语作出较狭义或较广义的解释。[590]例如，在关于*政府间海事协商组织*的咨询意见中，国际法院不得不确定《国际海事组织公约》第28(*a*)条下“八个……最大船主国”一词的含义。鉴于“最大船主国”的概念可以有不同解释（例如按“登记吨位”或“国民财产”计算），且该组织及其成员没有第28(*a*)条下的相关实践，法院转而参照公约其他条款下的实践，提出：

鉴于执行《公约》的各项条款都是基于登记吨位……法院因此认为，在起草［第28(*a*)条］并将之纳入《公约》时，不太可能考虑以登记吨位以外的其他标准来确定最大船主国。[591]

---

[581] 术语遵循委员会在其第六十三届会议通过的《对条约的保留实践指南》指南1.2（解释性声明的定义）：“‘解释性声明’是指［一国或一国际组织］为了阐明或澄清条约或其中某些规定的含义或范围而作出的单方面声明……”（《2011年……年鉴》，第二卷（第三部分，第54页）；另见同上，第57–58页，准则1.2的评注第(18)段。

[582] 结论草案1的评注第(14)段（《2013年……年鉴》，第二卷（第二部分），第24页）；*大会接纳国家加入联合国的权限*，咨询意见，《1950年国院法院汇编》，第4页及其后，详第8页。

[583] 例如，见*吉利丹岛和西巴丹岛的主权归属（印度尼西亚/马来西亚）*，判决，《2002年国际法院汇编》，第625页及其后，详第656页，第59–61段，和第665页，第80段；*领土争端（阿拉伯利比亚民众国/乍得）*，判决，《1994年国际法院汇编》，第6页及其后，详第34–37页，第66–71段；*关于航海权和相关权利的争端*（上文脚注546），第290页（纪尧姆专案法官的声明）。

[584] 更多例子，见G. Nolte, “Jurisprudence under special regimes relating to subsequent agreements and subsequent practice: second report for the ILC Study Group on treaties over time”，载于Nolte (ed.), *Treaties and Subsequent Practice*（上文脚注537），第210–306页。

[585] 另见*石油平台*，初步反对意见，1996年12月12日的判决（上文脚注547），第815页，第30段；*喀麦隆和尼日利亚间陆地和海洋疆界*，初步反对意见，判决，《1998年国际法院汇编》，第275页及其后，详第306–307页，第67段；及*大会接纳国家加入联合国的权限*（上文脚注582），第9页。

[586] *以核武器进行威胁或使用核武器的合法性*（上文脚注547），第248页，第55段。

[587] 对*《灭绝种族罪公约》的保留*，咨询意见，《1951年国际法院汇编》，第15页，详第25页。

[588] *摩洛哥境内美利坚合众国国民的权利*，1952年8月27日的判决，《1952年国际法院汇编》，第176页及其后，详第211页。

[589] 比照参见*联合国某些经费*（上文脚注540），第151页，国际法院参照联合国相关的嗣后实践，对“经费”一词作出了广义的解释，而对“行动”一词作出了狭义的解释，详第158–161页（“经费”）和第164–165页（“行动”）。

[590] 例如，见*边界和跨界武装行动（尼加拉瓜诉洪都拉斯）*，管辖权和可受理性，判决，《1988年国际法院汇编》，第69页及其后，详第87页，第40段。

[591] *政府间海事协商组织海事安全委员会的组成*，1960年6月8日的咨询意见，《1960年国际法院汇编》，第150页及其

（8）除用语和上下文外，第三十一条第一款还强调“目的及宗旨”对条约解释的重要性。[592]嗣后协定和嗣后实践也可有助于澄清条约的目的及宗旨，[593]或协调条约的“目的及宗旨”与其他解释资料的运用。

（9）例如，在*格陵兰和扬马延间区域海洋划界案*[594]和*石油平台案*[595]中，国际法院通过提到缔约方的嗣后实践，澄清了双边条约的目的及宗旨。在*喀麦隆和尼日利亚间陆地和海洋疆界案*中，国际法院主张：

> 从条约文本和上文第64和65段分析的实践来看，乍得湖流域委员会是一个在特定地理区域内行使职权的国际组织；但是其宗旨不是在区域一级处理与维持国际和平及安全有关的事务，因此不属于《宪章》第八章规定的情况。[596]

（10）司法环境或准司法环境以外的国家实践证实，嗣后协定和嗣后实践不仅有助于通过缩小条约下权利和义务的可能含义的范围，来具体说明一个用语的含义，也可表明一个更大的可接受的解释范围，或表明条约赋予各国的自由裁量权的特定范围。[597]

（11）例如，虽然按照1944年《国际民用航空公约》第5条用语的通常含义，似乎没有要求包机必须获得许可才能在飞行途中降落，但长期以来的国家实践都要求这类许可，因此该条被普遍理解为要求许可。[598]另一个案例是《维也纳外交关系公约》第二十二条第三款，其中规定使馆交通工具免受搜查、征用、扣押或强制执行。虽然警方对外交财产实施的强制行为通常会遭到国家的抗议，[599]但是将违反当地交通和停车法规的外交车辆拖走这一做法，在实践中基本上被认为是允许的。[600]这种实践显示，虽然禁止对外交车辆采取处罚措施，但是如果发现外交车辆对交通和/或公共安全构成直接危险或障碍，则可以拦下或拖走。[601]从这个意义上来看，缔约方的嗣后实践明确说明了“强制执行”一词的含义，并进而明确了交通工具受保护的范围。

（12）另一个可能的例子是《1949年8月12日日内瓦四公约的1977年附加议定书》（第二议定书）第十二条，其中规定：

> 在有关主管当局指导下，医务和宗教人员以及医疗队和医务运输工具应展示白底红十字、红新月或红狮与太阳的特殊标志。在任何情形下，该特殊标志均应受尊重。该特殊标

后，详第169页；另见第167–169页；另见根据*《保护东北大西洋海洋环境公约》进行的诉讼（爱尔兰-联合王国），爱尔兰与大不列颠及北爱尔兰联合王国之间关于根据《保护东北大西洋海洋环境公约》第8条获得信息的争端*，最终裁决，2003年7月2日的决定，《国际仲裁裁决汇编》，第二十三卷（出售品编号E/F.04.V.15），第59页，详第99页，第141段。

[592] Gardiner, *Treaty Intepretation*（见上文脚注533），第190和198页。

[593] 同上，第191–194页；另见*南非不顾安全理事会第276(1970)号决议继续留驻纳米比亚（西南非洲）对各国的法律后果*，咨询意见，《1971年国际法院汇编》，第16页及其后，详第31页，第53段；*在被占巴勒斯坦领土修建隔离墙的法律后果*，咨询意见，《2004年国际法院汇编》，第136页及其后，详第179页，第109段；R. Higgins, “Some observations on the inter-temporal rule in international law”，载于J. Makarczyk (ed.), *Theory of International Law at the Threshold of the* 21*st Century*: *Essays in Honour of Krzysztof Skubiszewski*, The Hague, Kluwer, 1996，第180页；Distefano（上文脚注533），第52–54页；及Crema（上文脚注562），第21页。

[594] *格陵兰和扬马延间区域海洋划界*，判决，《1993年国际法院汇编》，第38页及其后，详第50–51页，第27段。

[595] *石油平台*，初步反对意见，1996年12月12日的判决（上文脚注547），第813页，第27段，和第815页，第30段。

[596] *喀麦隆和尼日利亚间陆地和海洋疆界*，初步反对意见，判决（上文脚注585），第306页，第67段。

[597] 这并不是说根本上可存在对条约的不同解释，而是说条约可让缔约方有可能在一段被允许的行为谱段中作出选择，见Gardiner, *Treaty Interpretation*（上文脚注533），第30–31页和第111页，其中引用上议院在*R*诉内政大臣，Adan缺席[2001]2 AC 477中发表的意见：“需要确定有关条约规定的自主含义。……由此可见，与对其他多边条约一样，必须赋予《关于难民地位的公约》可从[1969年《维也纳公约》]第三十一条和第三十二条提及的来源中得出的独立含义，而不是随便借鉴某个缔约国法律体系的特点得出含义。因此，原则上，条约只能有一个真正的解释……在实践中，面对解释问题上的重大分歧，由各国法院做出决定。不过，做决定时，法院必须摆脱本国法律文化理念的束缚，探索条约真正的自主含义。而真正的含义只有一个”，详第515–517页（Steyn勋爵）。

[598] S. D. Murphy, “The relevance of subsequent agreement and subsequent practice for the interpretation of treaties”，载于Nolte (ed.), *Treaties and Subsequent Practice*（见上文脚注537），第85页；及A. Aust, *Modern Treaty Law and Practice*, 3rd ed., Cambridge University Press, 2013，第215页。

[599] E. Denza, *Diplomatic Law*: *Commentary on the Vienna Convention on Diplomatic Relations*, 3rd ed., Oxford University Press, 2008，第160–161页；J. Salmon, *Manuel de droit diplomatique*（Brussels, Bruylant, 1994），第207–208页，第315段。

[600] 例如，见澳大利亚，Department of Foreign Affairs and Trade, *Privileges and Immunities of Foreign Representatives*（http://dfat.gov.au/about-us/publications/corporate/protocol-guidelines/Documents/A21.pdf）；冰岛，Protocol Department Ministry of Foreign Affairs, *Diplomatic Handbook*，第14页（https://www.government.is/media/utanrikisraduneyti-media/media/PDF/Diplomatic_Handbook_March2010.pdf）；联合王国，the statement of the Parliamentary Under-Secretary of State, Home Office（Lord Elton）in the House of Lords, HL Deb, 12 December 1983, vol. 446 cc3-8；美国，M. Nash, “Contemporary practice of the United States relating to international law”, AJIL, vol. 88, No. 2（April 1994），第312–313页。

[601] Denza（见上文脚注599），第160页；及M. Richtsteig, *Wiener Übereinkommen über diplomatische und konsularische Beziehungen*: *Entstehungsgeschichte*, *Kommentier ung*, *Praxis*, 2nd ed., Baden-Baden, Nomos, 2010，第70页。

志不应用于不正当的用途。

虽然“应”字表示国家在任何情况下都有义务使用特殊标志来标识医务人员和医务运输工具，但嗣后实践表明国家在适用该条时可拥有一定的自由裁量权。[602]鉴于武装团体近年来专门袭击因有保护标志而特别容易辨认的医疗车队，国家在某些情况下不再对这类车队做特殊标记。德国政府在回答议会关于其在阿富汗的做法的提问时指出：

与国际安全援助部队的其他分队一样，德国联邦国防军也经历过医疗车队遭到袭击的情况。这些医疗单位和车队因其保护标志而容易辨认，偶尔甚至成为偏好的袭击对象。因此，德国联邦国防军在国际安全援助部队内部与比利时、法国、联合王国、加拿大及美国共同决定遮住医疗车队上的保护标志。[603]

（13）这种国家实践证实了对第十二条的解释，即使用保护标志的义务[604]在例外情况下容许缔约方有一定的自由裁量权。

（14）赋予国家明显不带条件的权利的条约规定可能会引起此自由裁量权是否受到该条规定的宗旨的限制的问题。例如，根据《维也纳外交关系公约》第九条，接受国可通知派遣国某使馆人员为不受欢迎人员而不必说明理由。各国一般在发现或怀疑使馆人员从事间谍活动，或实施其他严重违反接受国法律的行为或造成严重政治不安的情况下发出这类通知。[605]不过，各国也在其他情况下发出过这类通知，例如使节对第三方造成严重伤害[606]或是屡次违法，[607]甚至为了执行关于酒后驾车的法律发出这类通知。[608]甚至可以想象没有给出明确理由，纯粹出于政治动机而发出这类通知。其他国家似乎不认为这种做法构成对宣布使馆人员为不受欢迎的人的权力的滥用。因此，这类实践表明，第九条规定了无条件的权利。[609]

（15）结论草案7第2段涉及第三十二条所指的“其他嗣后实践”的可能影响（见结论草案4，第3段），[610]这类嗣后实践不反映所有缔约方就条约解释达成的协定。这类实践，作为解释的补充资料，可证实适用第三十一条所作之解释，或在依第三十一条所作解释意义不明或难解，或所获结果显然荒谬或不合理时，确定其含义。因此，第三十二条区分了利用准备工作或“其他嗣后实践”证实根据第三十一条得出的含义与利用它们来“确定”含义这两种情况。因此，可以利用第三十二条所指的“其他嗣后实践”，这不仅是为了确定某些情况下条约的含义，而且也用来——并且总是可以用来——证实适用第三十一条得出的含义。[611]

---

[602] S.-S. Junod, *et al*.(eds.), *Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949 (Protocol II)*, Geneva, ICRC, 1987，第1440页，第4742–4744段；及H. Spieker, “Medical transportation”，载于R. Wolfrum (ed.), *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, vol. VII, Oxford University Press, 2012，第54–55页，第7–12段（可获自http://opil.ouplaw.com/home/MPIL）。另见法文版使用的没有这么严格的将来时“sera arboré”。

[603] Deutscher Bundestag（德国联邦议院）, “Antwort der Bundesregierung: Rechtlicher Status des Sanitätspersonals der Bundeswehr in Afghanistan”, 2010年4月9日，*Bundestagsdrucksache 17/1338*，第2页。

[604] Spieker（见上文脚注602），第55页，第12段。

[605] 见Denza（上文脚注599），第77–88页，其进一步提及了关于间谍活动的声明；另见Salmon（上文脚注599），第483–484页，第630段；和Richtsteig（上文脚注601），第30页。

[606] 荷兰，外交部礼宾司，*Protocol Guide for Diplomatic Missions and Consular Posts*，可获自www.government.nl/documents。

[607] 法国，Ministère des affaires étrangères et du développement, *Guide for Foreign Diplomats Serving in France*: *Immunities—Respect for Local Laws and Regulations*（www.diplomatie.gouv.fr/en/the-ministry-and-its-network/protocol/immunities/article/respect-for-local-laws-and）；土耳其，外交部，*Principal Circular Note*, 63552 *Traffic Regulations* 2005/*PDGY*/63552（6 April 2005）（www.mfa.gov.tr/06_04_2005--63552-traffic-regulations.en.mfa）；及联合王国，Foreign and Commonwealth Office, Circular dated 19 April 1985 to the Heads of Diplomatic Missions in London，又刊印于G. Marston (ed.), “United Kingdom materials on international law 1985”, BYBIL 1985, vol. 56，第437页。

[608] 见加拿大，Foreign Affairs, Trade and Development, Revised Impaired Driving Policy（www.international.gc.ca/protocol-protocole/vienna_convention_idp-convention_vienne_vfa.aspx?lang=eng）；及美国，Department of State, *Diplomatic Note 10-181 of the Department of State*（24 September 2010）（www.state.gov/wp-content/uploads/2019/05/149985.pdf），第8–9页。

[609] 见G. Hafner, “Subsequent agreements and practice: between interpretation, informal modification, and formal amendment”，载于Nolte (ed.), *Treaties and Subsequent Practice*（上文脚注537），第112页，其中载有《维也纳外交关系公约》第九条下一个影响更加深远的案例。

[610] 《2013年……年鉴》，第二卷（第二部分），第32页。

[611] 世贸组织，世贸组织上诉机构的报告，*中国—影响某些出版物和娱乐视听产品贸易权和分销服务的措施*，*AB–2009–3*(WT/DS363/AB/R)，2010年1月19日，第403段：“虽然专家组将《维也纳公约》第三十一条适用于解释‘录音制品分销服务’，导致其就该词的含义得出了‘初步结论’，专家组还是决定使用补充的解释资料确认该含义。关于这一点，我们注意到，中国的上诉论点似乎假定，假如委员会发现运用第三十一条导致‘录音制品分销服务’一词的含义不明或难解，故而适用第三十二条来确定，而不是确认该词的含义，那么专家组根据《维也纳公约》第三十二条所作的分析必然将得出不同的结果。我们不同意这种论点。第三十二条下考察的要素与第三十一条下分析的要素不同，但是无论根据第三十一条分析的结果如何，第三十二条下考察的都是同样的

（16）当条约的“目的及宗旨”似乎与其某些规定的具体宗旨不符时，第三十二条所指的嗣后实践可有助于减少可能的冲突。[612]在卡西基利/塞杜杜岛案中，国际法院强调，1890年条约的缔约方“既努力确保各自在河上的通航自由，又尽可能精确地划定各自的势力范围。”[613]缔约方通过考虑其中仅一方的某项嗣后实践作为（第三十二条所指的）补充解释资料，化解了可能的紧张局势。[614]

（17）第三十二条所指的“其他嗣后实践”的另一个例子涉及《1949年8月12日日内瓦四公约的1977年附加议定书》（第一议定书）第五十七条第二款第（一）项第2小项下的“可行的预防措施”一词。1980年10月10日《禁止或限制使用地雷、诱杀装置和其他装置的议定书》（第二议定书）第3条第4款使用了该用语，其中规定：“可行的预防措施是指顾及当时存在的一切情况，包括人道和军事考虑以后所采取的实际可行或实际可能的预防措施”。这一定义逐渐通过嗣后实践被接受，作为1977年第一议定书第五十七条第二款第（一）项第2小项下“可行的预防措施”的一般定义，而出现在许多军事手册中。[615]

（18）结论草案7第3段讨论了为了不超出第三十一条第三款（*a*）项和（*b*）项意义下的解释的范围，嗣后协定和嗣后实践影响条约解释的限度。第3段提醒解释者，嗣后达成的协定可能可以修正或修改条约，但是这类嗣后协定是《维也纳公约》第三十九条所指的协定，应当与第三十一条第三款（*a*）项所指的嗣后协定加以区分。第二句承认判例中可能存在反例，文献中可能有不同意见，但指出缔约方通过嗣后实践修正或修改条约的可能性尚未得到普遍认可。

（19）1969年《维也纳公约》第三十九条规定：“条约得以当事国之协议修正之”。另一方面，第三十一条第三款（*a*）项提到“当事国嗣后所订关于条约之解释或其规定之适用之任何协定”，似乎不涉及修正或修改条约的问题。正如世贸组织上诉机构所称：

> [……]第三十一条第三款（*a*）项下的“适用”一词涉及协定具体规定如何“适用”当前规则或义务的情况；该词不包含创造新义务或是延长受时间限制的当前义务的意思……[616]

（20）第三十一条第三款（*a*）项和第三十九条一并解读表明，缔约方在条约缔结后达成的协定可解释、修正或修改条约。[617]第三十九条所指的协定不必采取与其修正的条约同样的形式。[618]正如国际法院在乌拉圭河纸浆厂案中指出的：

> 不论具体名称是什么，也不论记录于什么文书（乌拉圭河行政委员会会议记录），这种“谅解”只要是双方同意的，即对缔约方具有约束力，缔约方必须本着诚信遵守。根据适当的双边协定，对于给定的具体项目，它们有权不遵守1975年规约规定的程序。[619]

要素。运用第三十一条的结果可能影响的，是赋予第三十二条下考察的各要素的权重”。另见M. E. Villiger, *Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2009，第447页，第11段。

[612] 见世贸组织，世贸组织上诉机构的报告，美国—禁止进口某些虾类和虾制品，*AB-1998-4*(WT/DS58/AB/R)，1998年11月6日，第17段（“大多数条约的目的和宗旨不是单一、纯粹的，而是具有各种不同，可能是冲突的目的和宗旨”）；及Gardiner, *Treaty Interpretation*（上文脚注533），第195页。

[613] 卡西基利/塞杜杜岛（见上文脚注539），第1074页，第45段。关于1890年7月1日在柏林签署的《大不列颠与德国关于桑给巴尔、黑尔戈兰岛和两国在非洲的势力范围的协定》，见*British and Foreign State Papers, 1889–1890*, vol. 82，第35页。

[614] 卡西基利/塞杜杜岛（见上文脚注539），第1077–1078页，第55段，第1096页，第80段。

[615] 关于阿根廷（1989年）、加拿大（2001年）和联合王国（2004年）的军事手册，见Henckaerts and Doswald-Beck, *Customary International Humanitarian Law*, vol. II, *Practice*（上文脚注559），第359–360页，第160–164段；另见澳大利亚军事手册（2006年）的在线更新（www.icrc.org/customary-ihl/eng/docs/v2_rul_rule15_sectionc）；另见Pilloud, *et al.*(eds.), *Commentary on the Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and relating to the Protection of Victims of International Armed Conflicts (Protocol I)*（上文脚注291），第683页，第2202段。

[616] 欧洲共同体—香蕉的进口、销售和分配制度，厄瓜多尔第二次诉诸争端解决谅解第21.5条，*AB-2008-8*，世贸组织，世贸组织上诉机构报告（WT/DS27/AB/RW2/ECU和Corr.1），2008年12月11日通过；和欧洲共同体—香蕉的进口、销售和分配制度，美国第二次诉诸争端解决谅解第21.5条，*AB-2008-9*(WT/DS27/AB/RW/USA和Corr.1)，2008年12月22日通过，第391–393段。

[617] Murphy, “The relevance of subsequent agreement and subsequent practice …”（见上文脚注598），第88页。

[618] Sinclair（上文脚注533），第107页，其中提到Waldock，《联合国条约法会议正式记录，第一届会议……》（A/CONF.39/11）（上文脚注535），全体委员会第37次会议，1968年4月24日，第204页，第15段；Villiger, *Commentary on the 1969 Vienna Convention …*（上文脚注611），第513–515页，第7、9和11段；及K. Odendahl, “Article 39. General rule regarding the amendment of treaties”，载于Dörr and Schmalenbach (eds.)（上文脚注534），第706页，详第16段。

[619] 乌拉圭河纸浆厂（阿根廷诉乌拉圭），判决（见上文脚注564），第62页，第128段；另见第63页，第131段；法院继而得出结论，该案不满足这些条件，详第62–66页，第128–142段。关于1975年2月26日在萨尔托（乌拉圭）签署的《乌拉圭河规约》，见联合国，《条约汇编》，第1295卷，第I-21425号，第331页。

(21) 有时很难区分缔约方根据条约赋予嗣后协定约束力的具体规定达成的协定、第三十一条第三款 (*a*) 项所指的不具有约束力的单纯的嗣后协定、第三十九至四十一条所指的修正或修改条约的协定。[620] 国际判例法和国家实践表明，[621] 对克减条约义务的非正式协定应当作出狭义的解释。除适用条约本身可能作出的规定外，似乎没有第三十九条（如果适用的话）以外的任何区分不同形式嗣后协定的正式标准。不过，各国和国际性法院基本都愿意给予缔约国相当大的通过嗣后协定解释条约的空间。这种空间甚至可以超出条约用语的通常含义。国家和法院认可条约的解释空间，却不太愿意认可协定实际具有修正或修改条约的效果。[622] 因此，不排除协定对条约的修改，但也不假定具有这种效果。[623]

(22) 关于缔约方是否可以通过共同的嗣后实践修正或修改条约，委员会最初在《条约法条款草案》中提议将以下条款纳入《维也纳公约》，这将明确认可通过嗣后实践修改条约的可能性：

第38条草案　通过嗣后实践修改条约

在条约适用方面确定各当事国对修改条约规定达成一致 (agreement) 的嗣后实践可修改条约。[624]

(23) 该条款草案在联合国条约法会议上引起了激烈争论。[625] 删除第三十八条草案的修正案付诸表决，以53票赞成、15票反对、26票弃权通过。该会议后，讨论了这一问题：该会议否决第三十八条草案是否意味着排除了缔约方通过嗣后实践修改条约的可能性。许多著述者得出结论称，谈判国只是不想在《公约》中讨论该问题，而按照习惯法的一般规则，确定缔约方对修改条约达成一致的嗣后实践的确可以修改条约。[626] 不过，自1969年《维也纳公约》通过以来，国际性法院和法庭通常避免承认这种可能性。

(24) 在关于航行权和相关权利的争端案中，国际法院主张："《维也纳公约》第三十一条第三款 (*b*) 项意义上的缔约方嗣后实践可能导致违背基于默认

[620] 在司法实践中，有时不需要确定一项协定是具有解释还是修改条约的效果，见*领土争端（阿拉伯利比亚民众国/乍得）*（上文脚注583），第31页，第60段（"法院认为，为本判决之目的，没有必要划分其是对［完成1898年6月14日的大不列颠和法国之间的公约的1899年3月21日的］声明的证实，还是对其的修改"）；第三十一条第三款 (*a*) 项所指协定有时也被认为也可以具有修改条约的效果，例子见Aust, *Modern Treaty Law and Practice*（见上文脚注598），第212–214页。关于1898年6月14日在巴黎签署的《大不列颠和法国之间关于划定其各自在尼日尔河以西的财产以及在该河以东的各自财产和势力范围的划界的公约》，及1899年3月21日在伦敦签署的完成上述1898年6月14日公约的宣言，见*British and Foreign State Papers, 1898–1899*, vol. 91，分别第38和55页。

[621] *乌拉圭河纸浆厂（阿根廷诉乌拉圭）*，判决（见上文脚注564），第63页，第131段，和第66页，第140段；Crawford, "A consensualist interpretation of article 31 (3)…"（上文脚注564），第32页；*伊朗伊斯兰共和国诉美利坚合众国*，第ITL 83-B1-FT号中间裁决（反诉），伊朗—美国索赔法庭，*Iran–United States Claims Tribunal Reports*, vol. 38（2004–2009），第77页及其后，详第125–126页，第132段；*ADF集团公司诉美利坚合众国*，案号ARB (AF)/00/1，关于《北美自由贸易协定》第十一章项下仲裁事项，2003年1月9日，*ICSID Reports*, vol. 6（2004），第470页及其后；尤其见第526–527页，第177段（可获自https://2009-2017.state.gov/documents/organization/16586.pdf）；*Methanex公司诉美利坚合众国*，联合国国际贸易法委员会（贸易法委员会）对《北美自由贸易协定》第十一章项下仲裁事项的仲裁，仲裁庭关于管辖权和案情的最终裁决，2005年8月3日（https://2009-2017.state.gov/documents/organization/51052.pdf），第四部分，C章，第20–21段；及特别报告员的第二次报告（A/CN.4/671），第146–165段。

[622] 在法庭诉讼外的外交环境中，国家可能比较愿意公开承认某项协定或共同的实践构成对条约的修改，见Murphy, "The relevance of subsequent agreement and subsequent practice …"（上文脚注598），第83页。

[623] *乌拉圭河纸浆厂（阿根廷诉乌拉圭）*，判决（见上文脚注564），第66页，第140段；及Crawford, "A consensualist interpretation of article 31 (3)…"（上文脚注564），第32页。

[624]《1966年……年鉴》［英］，第二卷，文件A/6309/Rev.1，第二部分，第236页。

[625]《联合国条约法会议正式记录，第一届会议……》（A/CONF.39/11）（上文脚注535），全体委员会第37次会议，1968年4月24日，第207–215页；特别报告员的第二次报告（A/CN.4/671），第119–121段；及Distefano（上文脚注533），第55–61页。

[626] Sinclair（见上文脚注533），第138页；Gardiner, *Treaty Interpretation*（上文脚注533），第243–245页；Yasseen（上文脚注538），第51–52页；M. Kamto, "La Volonté de l'État en droit international", *Collected Courses of the Hague Academy of International Law 2004*, vol. 310，第134–141页，详第134页；Aust, *Modern Treaty Law and Practice*（见上文脚注598），第213页；Villiger, *Commentary on the 1969 Vienna Convention …*（上文脚注611），第432页，第23段；Dörr, "Article 31. General rule of interpretation"（上文脚注534），第554–555页，第76段（又见Odendahl（上文脚注618），第702–704页，第10–11段）；Distefano（上文脚注533），第62–67页；H. Thirlway, "The law and procedure of the International Court of Justice 1960–1989: supplement, 2006 – part three", BYBIL 2006, vol. 77，第65页；M. N. Shaw, *International Law*, 6th ed., Cambridge University Press, 2008，第934页；I. Buga, "Subsequent practice and treaty modification"，载于M. J. Bowman and D. Kritsiotis (eds.), *Conceptual and Contextual Perspectives on the Modern Law of Treaties*, Cambridge University Press (forthcoming)，详注65，其中提到了更多的参考资料；反对这种观点，强调相对于实践的非正式性，缔结条约具有庄重性，见Murphy, "The relevance of subsequent agreement and subsequent practice …"（见上文脚注598），第89–90页；另见Hafner（上文脚注609），第115–117页（区分法院和国家的角度，并强调在这方面关于修订的条款的重要性）。

同意的初始意图”。[627]不是很清楚国际法院这样说是想承认第三十一条第三款(*b*)项所指的嗣后协定也可以具有修正或修改条约的效果，还是只是就条约解释发表意见，因为缔约方的“初始”意图未必对条约解释具有决定性。事实上，委员会暂时通过的结论草案3中确认，嗣后协定和嗣后实践与其他解释资料一样，“可协助确定缔约方在缔结条约之时的推定意图是不是赋予用语以能够随时间演变的含义”。[628]因此，“解释”的范围未必由固定的“初始意图”确定，而必须考虑到广泛的因素，包括某些后来的发展。国际法院这一较含糊的附带意见提出了第三十一条第三款(*b*)项所指的嗣后实践可以在多大程度上有助于“解释”，以及嗣后实践可否具有修正或修改条约的效果的问题。事实上，在实践中，条约的解释与条约的修正或修改之间的界线有时“很难确定，即便有可能确定”。[629]

(25) 除了在*关于航海权和相关权利的争端*案中的附带意见外，[630]国际法院再没有明确确认某项嗣后实践具有修改条约的效果。在*南非不顾安全理事会第276(1970)号决议继续留驻纳米比亚(西南非洲)对各国的法律后果*案[631]的咨询意见和*在巴勒斯坦被占领土修建隔离墙的法律后果*案[632]的咨询意见中尤为如此，法院在意见中承认嗣后实践对确定条约的含义有重要影响，但是没有明确承认这类实践导致了对条约的修正或修改。[633]鉴于这些意见涉及设立国际组织的条约，似乎很难从中得出条约法的一般规则。与国际组织有关的嗣后协定和嗣后实践问题将在今后的报告中阐述。[634]

(26) 国际法院遇到缔约方可能通过嗣后实践修改条约问题的其他重要案件涉及边界条约。正如法院在*喀麦隆和尼日利亚间陆地和海洋疆界*案中指出的：

> 喀麦隆在该领土内的行为只牵涉到它是否默认对条约权利的修改的问题，后者作为法律上的可能性不能被完全排除。[635]

(27) 国际法院在*柏威夏寺*案中认定存在这种默认，强调一方(法国)明确声称主权，因此另一方(泰国)需要作出反应。[636]不过，该判决是在《维也纳公约》通过前作出的，因此至少可以推测联合国条约法会议上的辩论考虑过该判决。[637]该判决也没有明确承认嗣后实践对条约的修改，因为关于法国人地图上的分界线与两国最初的边界条约商定的分水岭是否一致这个问题，虽然通常认为是不一致的，但国际法院没有下定论。[638]

(28) 因此，虽然国际法院留下了缔约方通过嗣

[627] *关于航行权和相关权利的争端*(见上文脚注546)，第242页，第64段；另见*向居住在法国的教科文组织退休职员支付的退休金的税收制度问题*，2003年1月14日的决定，《国际仲裁裁决汇编》，第二十五卷(出售品编号E/F.05.V5)，第231页，详第256页，第62段；Yasseen(上文脚注533)，第51页；Kamto, “La volonté de l’État …”(上文脚注626)，第134–141页；及R. Bernhardt, *Die Auslegung völkerrechtlicher Verträge*, Cologne/Berlin, Heymanns, 1963，第132页。

[628] 《2013年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第28–32页，结论草案3及其评注。

[629] Sinclair(见上文脚注533)，第138页；另见Gardiner, *Treaty Interpretation*(上文脚注533)，第243页；M Murphy, “The relevance of subsequent agreement and subsequent practice …”(上文脚注598)，第90页；B. Simma, “Miscellaneous thoughts on subsequent agreements and practice”，载于Nolte(ed.), *Treaties and Subsequent Practice*(上文脚注537)，第46页；Karl(上文脚注534)，第42–43页；J.-M. Sorel and V. Boré Eveno, “Article 31: Convention of 1969”，载于O. Corten and P. Klein(eds.), *The Vienna Conventions on the Law of Treaties: a Commentary*, vol. I, Oxford University Press, 2011，第825–826页，第42段；Dörr, “Article 31. General rule of intepretation”(见上文脚注534)，第554–555页，第76段；即使理论上二者被视为“在法律上有明显区别”，也难以划分界限，见帕拉-阿朗古伦法官在*卡西基利/塞杜杜岛*案(上文脚注539)中的反对意见，第1212–1213页，第16段；类似地，Hafner(上文脚注609)，第114页；及Linderfalk, *On the Interpretation of Treaties* …(见上文脚注534)，第168页。

[630] *关于航海权和相关权利的争端*(见上文脚注546)，第242页，第64段。

[631] *南非不顾安全理事会第276(1970)号决议继续留驻纳米比亚(西南非洲)对各国的法律后果*(见上文脚注593)。

[632] *在巴勒斯坦被占领土修建隔离墙的法律后果*(见上文脚注593)。

[633] Thirlway(见上文脚注626)，第64页。

[634] 见《2012年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第238段，及《2008年……年鉴》，第二卷(第二部分)，附件一，第42段。

[635] *喀麦隆和尼日利亚间陆地和海洋疆界(喀麦隆诉尼日利亚：赤道几内亚参与诉讼)*，判决，《2002年国际法院汇编》，第303页及其后，详第353页，第68段。

[636] *柏威夏寺*(见上文脚注573)，第23页：“毫无疑问，以非常确定的方式通过行为做出了认定……这种情况下显然需要作出反应”；“几乎无法想象还能以更加明确的方式主张法属印度支那的所有权了”，因此“要求作出反应”(同上，第30页)。

[637] M. G. Kohen, “*Uti possidetis*, prescription et pratique subséquente à un traité dans l’affaire de l’Île *de Kasikili/Sedudu* devant la Cour internationale de Justice”, *German Yearbook of International Law*, vol. 43(2000)，第272页。

[638] *柏威夏寺*(见上文脚注573)，第26页：“这一事实，如果属实，在1908年一定更加明显”。帕拉-阿朗古伦法官认为*柏威夏寺*案表明“那种情况下的嗣后实践起到了修改条约的作用”，*卡西基利/塞杜杜岛*(见上文脚注539)，详第1212–1213页，第16段(帕拉-阿朗古伦法官的反对意见)；及Buga(见上文脚注626)，详注释113。

后实践修改条约的可能性，但是迄今没有明确确认在具体案例中实际产生过这种效果。确切地说，该法院得出了与条约文本的通常含义不太一致，但是与确认的缔约方实践一致的解释。[639]仲裁庭相反的裁决或是被视为“个别特例”[640]，或是在联合国条约法会议之前作出而已被该会议作为重要参考。[641]

（29）世贸组织上诉机构明确表示不接受导致修改条约义务的解释，因为这不是“适用”现有的条约规定。[642]上诉机构的立场可能受到《关于争端解决规则与程序的谅解》第3条第2款的影响，其中规定“［争端解决机构］的建议和裁决不得增加或减少所涉协定规定的权利和义务”。

（30）欧洲人权法院偶尔承认缔约方的嗣后实践是修改公约的可能来源。在1989年*Öcalan*诉土耳其案附带意见中提及*Soering*诉联合王国案时，法院主张：

成员国既定的实践可能导致修正《公约》。在该案中，法院认为，国家刑法政策中普遍废除死刑的嗣后实践可以视为确认缔约国就废除第2条第1款规定的例外情况达成了一致，因此取消了对第3条的演进性解释范围的文本性限制［见*Soering*诉联合王国，申请号14038/88，1989年7月7日，A辑，第161号，第103段］。[643]

（31）运用这种推理，法院在*Al-Saadoon*和*Mufdhi*诉联合王国案中得出以下结论：

只有两个成员国尚未签署［欧洲人权公约］第13号议定书，所有签署国中只有三个国家尚未批准。这些数字，再加上一贯的暂停执行死刑的国家实践，明确显示第2条已被修正，以禁止在任何情况下执行死刑。在这种背景下，法院认为［该公约］第2条第1款第二句的措词不再阻碍其将第3条下的“不人道或有辱人格的待遇或处罚”一词解释为包括死刑（比照*Soering*诉联合王国，第102–104段）。[644]

（32）从国际性法院和法庭的判例中可以得出以下结论：世贸组织的情况显示，条约本身可阻止缔约方的嗣后实践具有修改作用。因此，首先是条约本身规范这一问题。相反，欧洲人权法院的案件显示，条约可以允许缔约方的嗣后实践具有修改作用。因此，最终在很大程度上取决于条约或相关条约规定。[645]

（33）如果条约中没有这类表示，则情况更加复杂。国际法院的判例中不太能找到针对这种情况的明确的补充规则。不过，可以得出这一结论：国际法院虽然认定“法律中不能完全排除”缔约方通过嗣后实践修改条约的可能性，[646]但是认为只要有可能，就应避免这类修改。相反，法院倾向于接受可能扩大条约用语的通常含义的宽泛解释。

（34）从国际法院的判例中得出的这一结论符合各国在关于《维也纳公约》第38条草案的辩论中阐述

[639] 特别是，关于纳米比亚的咨询意见（南非不顾安全理事会第276(1970)号决议继续留驻纳米比亚（西南非洲）对各国的法律后果（见上文脚注593））被解读为意味着嗣后实践修改了《联合国宪章》第二十七条第三款（见A. Pellet, “Article 38”，载于A. Zimmermann *et al*.(eds.), *The Statute of the International Court of Justice — a Commentary*, 2nd ed., Oxford University Press, 2012，第844页，第279段）；见特别报告员的第二次报告（A/CN.4/671），第124–126段。

[640] M. G. Kohen, “Keeping subsequent agreements and practice in their right limits”，载于Nolte (ed.), *Treaties and Subsequent Practice*（上文脚注537），第42页，关于关于划定厄立特里亚和埃塞俄比亚边界的决定，2002年4月13日的决定，见《国际仲裁裁决汇编》，第二十五卷（出售品编号E/F.05.V.5），第83页及其后，详第110–111页，第3.6–3.10段；另见埃及和以色列间塔巴界桩位置，1988年9月29日的决定，《国际仲裁裁决汇编》，第二十卷（出售品编号E/F.93.V.3），第1页及其后，详第56–57页，第209–210段，仲裁庭在附带意见中称：“划定的界线与［1906年10月1日］《协定》不符时，以划定的界线为准”（第57页）；另见R. Kolb, “La modification d’un traité par la pratique subséquente des parties”, *Revue suisse de droit international et de droit européen*, vol. 14（2004）。1906年10月1日在拉法签署的《协定》转载于《国际仲裁裁决汇编》，第二十卷，埃及和以色列间塔巴界桩位置，附录B，第114–116页。

[641] 对美利坚合众国与法国航空运输协定的解释，1963年12月22日的决定，《国际仲裁裁决汇编》，第十六卷（出售品编号69.V.1），第5页及其后，详第62–63页；《联合国条约法会议正式记录，第一届会议……》（A/CONF.39/11）（上文脚注535），全体委员会第37次会议，1968年4月24日，第208页，第58段（日本）；及Murphy, “The relevance of subsequent agreement and subsequent practice …”（见上文脚注598），第89页。

[642] 欧洲共同体—香蕉的进口、销售和分配制度，厄瓜多尔第二次诉诸争端解决谅解第21.5条……世贸组织上诉机构报告（WT/DS27/AB/RW2/ECU和Corr.1）/美国第二次诉诸争端解决谅解第21.5条……（WT/DS27/AB/RW/USA和Corr.1）（见上文脚注616），第391–393段。

[643] Öcalan诉土耳其，申请号46221/99，2003年3月12日的判决，第一庭，欧洲人权法院，第191段；另见*Al-Saadoon*和*Mufdhi*诉联合王国，申请号61498/08，2010年3月2日的判决，欧洲人权法院，European Court of Human Rights, *Reports of Judgments and Decisions* 2010-II，第119段，涉及*Öcalan*诉土耳其，申请号46221/99，2005年5月12日的判决，大审判庭，欧洲人权法院，European Court of Human Rights, *Reports of Judgments and Decisions* 2005-IV，第163段。

[644] *Al-Saadoon*和*Mufdhi*诉联合王国（见上文脚注643），第120段；另见B. Malkani, “The obligation to refrain from assisting the use of the death penalty”, *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 62, No. 3（July 2013），第523页。

[645] Buga（见上文脚注626），详注释126–132。

[646] 见喀麦隆和尼日利亚间陆地和海洋疆界（喀麦隆诉尼日利亚：赤道几内亚参与诉讼），判决（见上文脚注635），第353页，第68段。

的一些考虑因素。[647]如今，虽然普遍认为国际法不像国内法那样死板（的确如此），但是不应以非正式途径规避条约中规定的修正程序这种观点似乎越来越得到认同。[648]许多国家在联合国条约法会议上提出的关切，即嗣后实践修改条约的可能性可能给国内宪法造成问题，也越来越受到重视。[649]虽然条约必须遵守原则并没有因确立了所有缔约方的一致的嗣后实践对条约的修正或修改而正式受到质疑，但是如果像嗣后实践这样的非正式方式能够轻易修改一项条约，那么的确可能对条约关系的稳定性造成问题。[650]

（35）总之，对于只要条约中没有相反的表示，则理论上缔约方达成一致的嗣后实践就可以修改条约的观点，虽然国际判例法中有一些支持，但是不应假定实际了出现这种效果。相反，国家和法院倾向于尽量将缔约方达成一致的嗣后实践视为以特定方式解释条约的努力。通过嗣后实践对条约作出广义的解释是有可能的，因为《维也纳公约》第三十一条并没有赋予特定的解释资料优先地位，而是要求解释者酌情考虑所有解释资料。[651]有鉴于此，一个重要问题就是可以在多大程度上对所涉条约规定作出演进性解释。[652]

结论 **8** *嗣后协定和嗣后实践作为解释资料的权重*

1. 嗣后协定或嗣后实践作为第三十一条第三款所指的解释资料的权重，除其他外，取决于其清晰性和特定性。

2. 此外，第三十一条第三款（*b*）项所指的嗣后实践的权重还取决于该实践是否以及如何重复出现。

3. 嗣后实践作为第三十二条所指的补充的解释资料的权重可取决于第1和第2段所述标准。

评注

（1）结论草案8列出了一些标准，可能有助于确定在具体情况下进行解释时对某一特定嗣后协定或嗣后实践作为解释资料给予多少权重。当然，对嗣后协定或嗣后实践给予的权重也必须取决于其他解释资料（见结论草案1，第5段）。[653]

（2）第1段讨论第三十一条第三款下的嗣后协定或嗣后实践的权重，因此是从总体上同时涉及（*a*）项和（*b*）项。第1段明确指出，嗣后协定或嗣后实践作为解释资料的权重，除其他外，取决于其清晰性和特定性。使用“除其他外”一语，就表明不应将这些标准视为唯一的。其他标准可能涉及到协定或实践发生的时间、[654]缔约方对特定协定或实践的重视或者适用的举证责任。

（3）相对于其他解释资料而言，嗣后协定或实践作为解释资料的权重常常取决于其对于有关条约的特定性。[655]例如，国际法院的裁决、世界贸易组织（世贸组织）的专家组及上诉机构的仲裁裁决和报告都表明了这一点[656]。解决投资争端国际中心的仲裁庭

[647] 特别报告员的第二次报告（A/CN.4/671），第119–121段。

[648] Murphy, “The relevance of subsequent agreement and subsequent practice …”（见上文脚注598），第89页；Simma, “Miscellaneous thoughts on subsequent agreements and practice”（上文脚注629），第47页；Hafner（上文脚注609），第115–117页；及J. E. Alvarez, “Limits of change by way of subsequent agreements and practice”，载于Nolte (ed.)*Treaties and Subsequent Practice*（上文脚注537），第130页。

[649] 见北约战略概念案，申请号BvE 6/99，2001年11月22日的判决，德国联邦宪法法院（英文译文可获自https://www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen/es20011122_2bve000699en.html），第19–21段；S. Kadelbach, “Domestic constitutional concerns with respect to the use of subsequent agreements and practice at the international level”，第145–148页；Alvarez（上文脚注648），第130页；I. Wuerth, “Treaty interpretation, subsequent agreements and practice, and domestic constitutions”，第154–159页；及H. Ruiz Fabri, “Subsequent practice, domestic separation of powers, and concerns of legitimacy”，第165–166页，均载于Nolte (ed.), *Treaties and Subsequent Practice*（上文脚注537）。

[650] 例如，见Kohen，“*Uti possidetis*，prescription et pratique …”（上文脚注637），第274页（特别是关于边界条约）。

[651] 结论草案1第5段及其评注（《2013年……年鉴》，第二卷（第二部分），第24–25页）；Hafner（上文脚注609），第117页；一些著述者认为，相对于其他解释资料的情形，包括法院或仲裁庭的演进式解释，第三十一条第三款所指的嗣后协定或嗣后实践情形下，可以想像“解释”的范围要宽，例如，见Gardiner, *Treaty Interpretatio*（见上文脚注533），第243页；及Dörr, “Article 31. General rule of interpretation”（上文脚注534），第554–555页，第76段。

[652] 例如，在*关于航海权和相关权利的争端*案中，国际法院可以不回答缔约方的嗣后实践是否修改了“comercio”一词的含义，因为法院已判定可以对其作出演进式解释（*关于航海权和相关权利的争端*（见上文脚注546），第242–243页，第64–66段）。

[653]《2013年……年鉴》，第二卷（第二部分），第21页。

[654] 在*海洋争端*（*秘鲁诉智利*）案中，法院优先采纳更接近生效日期的实践（*海洋争端*（*秘鲁诉智利*）（见上文脚注545），第50页，第126段）。

[655] Murphy, “The relevance of subsequent agreement and subsequent practice …”（见上文脚注598），第91页。

[656] 例如，见*格陵兰和扬马延间区域海洋划界*（见上文脚注594），第55–56页，第38段；*向居住在法国的教科文组织*

对*Plama*诉保加利亚案的裁决具有启示意义：

> 确实，为了澄清条约文本在其生效时的含义，可以考虑一个缔约国与第三国之间的条约。原告对于保加利亚在1987年缔结保加利亚—塞浦路斯［双边投资条约］之后缔结投资条约的实践做了非常清楚和深入的介绍。1990年代保加利亚的共产主义制度改变之后，该国缔结的［双边投资条约］采用了大为开放的争端解决条款，包括诉诸解决投资争端国际中心进行仲裁。但是，这一实践对本案并没有很大的相关性，因为保加利亚和塞浦路斯嗣后的谈判表明，缔约国并不想要［最惠国待遇］条款具有可通过保加利亚嗣后条约实践而引申出来的含义。保加利亚和塞浦路斯于1998年谈判修订［双边投资条约］。谈判没有成功，但专门考虑到了修订争端解决条款……。从这些谈判中也可以得出结论，即［双边投资条约］的缔约国本身并未考虑将［最惠国待遇］条款扩大至其他［双边投资条约］中的争端解决条款。[657]

(4) 尽管国际法院和各个仲裁庭倾向于对特定性较强的国家嗣后实践作为解释资料给予更多权重，但欧洲人权法院常常依靠对国内法律或国家采取的国际立场作出广泛的比较性评估。[658]对于后一种情况，应当铭记，人权公约下规定的权利和义务必须在留出一定判断余地的前提下，正确地转化为有关国家的法律、行政机构实践和国际安排。为此，其缔约国国内法律之间如果存在足够强的共同点，可有助于确定一项人权的范围或限制这项人权的必要性。此外，鉴于某些权利或义务的特点，有时宜将特定性不那么强的实践纳入考虑。例如，在*Rantsev*诉塞浦路斯和俄罗斯案中，该法院认为：

> 这两份［国际］文书的条款清楚表明，缔约国……形成的观点是，只有将涉及所有三个方面的举措结合起来，才能有效打击贩运人口活动……因此，惩罚和起诉贩运人口活动只是成员国打击贩运人口活动总体事业的一个方面。对第4条［禁止强迫劳动］下产生的积极义务的范围必须放到这个广义的背景下加以考虑。[659]

(5) 另一方面，在*Chapman*诉联合王国案中，该法院指出，“或许可以说，欧洲委员会缔约国之间正在形成国际共识，承认少数群体的特殊需要及保护其安全、身份认同和生活方式的义务”，[660]但最后又指出，其“并不认为该共识已足够具体，使本院能够得出任何指导意见，来确定缔约国在任一特定情况下视为可取的行为或标准”。[661]

(6) 结论草案8第2段仅涉及第三十一条第三款(*b*)项所指的嗣后实践，并明确规定，嗣后实践的权重还取决于该实践是否以及如何重复出现。“是否以及如何”这一表述引入了时间和重复的性质这两个因素。它表明，举例来说，如果有关实践的重复不仅仅是技术性的或者无意的，则可能会增加其在第三十一条第三款(*b*)项范围下的解释性价值——具体视所涉条约而定。时间因素和重复的性质因素也有助于表明缔约方对条约解释所持特定立场的“根据”。此外，嗣后协定未得到执行也可能说明其作为第三十一条第三款(*a*)项下解释资料缺乏权重。[662]

(7) 关于第三十一条第三款(*b*)项中“嗣后实践”[663]是否要求条约不仅是一次性适用的问题，世贸组织上诉机构在日本—酒精饮料二案中进行了讨论：“用于解释条约的嗣后实践，公认应当是‘协调、共同和一致’的系列行为或声明，足以确立一种清晰可辨的模式，表明缔约方对条约解释的一致”。[664]

(8) 这一定义表明，第三十一条第三款(*b*)项下

退休职员支付的退休金的税收制度问题（上文脚注627），详第259页，第74段；美国—归零方法的继续存在和应用，世贸组织专家组的报告（WT/DS350/R），2009年2月19日通过，由*AB-2008-11*，世贸组织上诉机构的报告（WT/DS350/AB/R）修改；和美国—对陆地棉的补贴，世贸组织专家组的报告（WT/DS267/R和Add.1–3和Corr.1），于2005年3月21日通过，并由*AB-2004-5*，世贸组织上诉机构的报告（WT/DS267/AB/R）修改，第625段。

[657] *Plama Consortium Limited*诉保加利亚共和国，案号ARB/03/24，2005年2月8日关于管辖权的决定，解决国际投资争端中心，*ICSID Review – Foreign Investment Law Journal*, vol. 20, No. 1（Spring 2005），第262页及其后，详第323–324页，第195段。关于保加利亚与塞浦路斯于1987年11月12日在尼科西亚签署的关于促进和相互保护投资的双边条约，*Republic of Cyprus Official Gazette* S.VII 2314, 31 March 1988，第19页，也可获自http://investmentpolicyhub.unctad.org, *Investment Dispute Settlement Navigator*。

[658] 例如，见*Cossey*诉联合王国，申请号10843/84，1990年9月27日的判决，欧洲人权法院，*Series A*, No. 184，第40段；*Tyrer*诉联合王国，申请号5856/72，1978年4月25日的判决，欧洲人权法院，*Series A*, No. 26，第31段；*Norris*诉爱尔兰，申请号10581/83，1988年10月26日的判决，欧洲人权法院，*Series A*, No. 142，第46段。

[659] *Rantsev*诉塞浦路斯和俄罗斯，申请号25965/04，2010年1月7日的判决，第一庭，欧洲人权法院，*Reports of Judgments and Decisions* 2010-I，第285段；另见第273–274段。

[660] *Chapman*诉联合王国，申请号27238/95号，2001年1月18日的判决，大审判庭，欧洲人权法院，*Reports of Judgments and Decisions* 2001-I，第93段。

[661] 同上，第94段。

[662] 乌拉圭河纸浆厂（阿根廷诉乌拉圭），判决（见上文脚注564），第63页，第131段。

[663] 结论草案4，第2段（《2013年……年鉴》，第二卷（第二部分），第32页）。

[664] 日本—酒精饮料二，*AB-1996-2*，世贸组织上诉机构报告（WT/DS8/AB/R, WT/DS10/AB/R, WT/DS11/AB/R），1996年11月1日通过，E节，第12–13页。

的嗣后实践所要求的不是仅仅就条约的解释作出一次“行为或声明”，而是此种行动的次数和统一性达到一定程度，使人们可以认定缔约方已就条约的解释达成了稳定的一致。这一门槛就意味着，第三十一条第三款(*b*)项下的嗣后实践要求存在基础广泛、稳定和合格的集体实践，才能确认缔约方就解释达成了一致。

(9) 另一方面，国际法院则较为灵活地适用了第三十一条第三款(*b*)项，而没有增加进一步条件，特别是在卡西基利/塞杜杜岛案的判决中。[665]其他国际性法院大多遵循国际法院的办法。伊朗—美国索赔法庭[666]和欧洲人权法院[667]都是如此。

(10) 但实际上，世贸组织上诉机构制订的标准与国际法院采取的办法之间的区别并没有表面看起来那么大。世贸组织上诉机构采用的“协调、共同和一致”的表述似乎来自一部出版物[668]，这本书称，“嗣后实践的价值自然取决于它协调、共同和一致的程度”[669]。因此，“协调、共同和一致”的表述是要指出在哪些情况下，第三十一条第三款(*b*)项所指的嗣后实践在解释过程中作为解释资料具有较多或较少的权重，而不是要提出实践中具体的次数要求。[670]世贸组织上诉机构自己有时也曾采取这种细致区分的态度。[671]

(11) 委员会认为“协调、共同和一致”的表述可能有助于确定嗣后实践在某一具体情况下的权重，同时也认为这一规定并没有得到充分确立，不足以构成适用第三十一条第三款(*b*)项的一个最低门槛，并有可能被错误地认为规定性过强。最终，委员会仍然认为，“嗣后实践的价值取决于其在多大程度上体现了缔约方对用语含义的共同理解。”[672]这就意味着，缔约方就解释达成协定的一次性实践也需要在第三十一条第三款(*b*)项下考虑进来。[673]

(12) 结论草案8第3段针对第三十二条所指的“其他嗣后实践”的权重(见结论草案4第3段[674])。该段并不涉及在什么时候和哪些情况下可考虑这种实

[665] 卡西基利/塞杜杜岛(见上文脚注539)，第1075–1076页，第47–50段，和第1087页，第63段；及领土争端(阿拉伯利比亚民众国/乍得)(见上文脚注583)，第34–37页，第66–71段。

[666] 伊朗伊斯兰共和国诉美利坚合众国，第ITL 83-B1-FT号中间裁决(反诉)(见上文脚注621)，第116–126页，第109–133段。

[667] *Soering*诉联合王国(见上文脚注552)，第103段；*Loizidou*诉土耳其，申请号15318/89，1995年3月23日对初步反对意见的判决，欧洲人权法院，*Series A*, No. 310，第73段和第79–82段；*Banković*等诉比利时等(见上文脚注555)，第56和62段；关于解决投资争端国际中心的判例，见O. K. Fauchald, “The legal reasoning of ICSID tribunals — an empirical analysis”, *The European Journal of International Law*, vol. 19, No. 2(2008)，第345页；另见A. Roberts, “Power and persuasion in investment treaty interpretation: the dual role of States”, AJIL, vol. 104, No. 2(2010)，第207–215页。

[668] Sinclair(上文脚注533)，第137页；另见Yasseen(上文脚注533)，第48–49页；“共同的”一词来自国际法委员会的工作，而“一致的”和“协调的”则是Yasseen进一步论述得出的条件；见《1966年……年鉴》[英]，第二卷，文件A/CN.4/486和Add.1–7，第98–99页，第17–18段，及文件A/6309/Rev.1，第二部分，第221–222页，第(15)段。

[669] Sinclair(上文脚注533)，第137页；另见伊朗伊斯兰共和国诉美利坚合众国，第ITL 83-B1-FT号中间裁决(反诉)(见上文脚注621)，第118页，第114段。

[670] 阿根廷和智利关于比格尔海峡的争端，1977年2月18日的裁决，《国际仲裁裁决汇编》，第二十一卷(出售品编号E/F.95.V.2)，第53页及其后，详第187页，第169段；J.-P Cot, “La conduite subséquente des parties à un traité”, *Revue générale de droit international public*, vol. 70, No. 3(1966)，第644–647页(证明价值)；Distefano(上文脚注533)，第46页；Dörr, “Article 31. General rule of interpretation”(上文脚注534)，第556页，第79段；又见在海洋争端案(秘鲁诉智利)中在国际法院的口头辩论，CR 2012/33，第32–36页，第7–19段(Wood)，可获自www.icj-cij.org/files/case-related/137/137-20121211-ORA-01-00-BI.pdf，和CR 2012/36，第13–18页，第6–21段(Wordsworth)，可获自www.icj-cij.org/en/case/137。

[671] 欧洲共同体—某些计算机设备的海关分类，*AB-1998-2*，世贸组织上诉机构报告(WT/DS62/AB/R，WT/DS67/AB/R，WT/DS68/AB/R)，1998年6月22日通过，第93段。

[672] 《1966年……年鉴》[英]，第一卷，文件A/6309/Rev.1，第二部分，第221–222页，第(15)段；Cot(见上文脚注670)，第652页。

[673] 在实践中，常常不足以凭一次性的做法确定缔约国就条约解释达成一致；但是，作为一般性规则，第三十一条第三款(*b*)项所述的嗣后实践没有要求任何重复，只是要求就解释达成一致。因此，一次性实践确立一致的可能性就取决于有关的行为及条约，见E. Lauterpacht, “The development of the law of international organization by the decisions of international tribunals”, *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, 1976, vol. 152，第377页及其后，详第457页；Linderfalk, *On the Interpretation of Treaties …*(上文脚注534)，第166页；C. F. Amerasinghe, “Interpretation of texts in open international organizations”, BYBIL 1994, vol. 65，第175页及其后，详第199页；Villiger支持要有一定的次数要求，但也强调，最重要的一点是确立一致，Villiger, *Commentary on the 1969 Vienna Convention …*(上文脚注611)，第431–432页，第22段。Yasseen和Sinclair写道，“通常”一次性的行为不能够构成实践，Yasseen(上文脚注533)，第47页；Sinclair(上文脚注533)，第137页；相似的说法见G. Nolte, “Third report for the ILC Study Group on treaties over time”，载于Nolte(ed.), *Treaties and Subsequent Practice*(上文脚注537)，第307页及其后，详第310页。

[674] 《2013年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第32页。

践的问题。世贸组织上诉机构在面对相似情况时曾强调指出，对这两个问题必须加以区别：

……我们认为，就第三十二条所指的解释而言，哪些情况才能算作缔结条约的“背景情况”属于先决问题，至于确定特定背景情况的相关程度的高低，则是另一个问题，而欧洲共同体将这两个问题混为了一谈。[675]

上诉机构还认为，

首先，专家组并未将欧洲共同体在乌拉圭回合谈判期间的分类实践作为《维也纳公约》第三十二条意义上的补充解释资料予以审查；第二，该分类实践作为补充解释材料的价值受到一些限定。[676]

为了确定这类嗣后实践的“相关性”，上诉机构提到了“客观因素”：

这些因素包括有关事件、文件或文书的类型及其法律性质；背景情况与缔结条约的时间联系；确实了解还是只能查阅某项出版的法案或文书；涉及待解释条约条款的文件、文书或事件的主题；以及这项文件、文书或事件是否或如何在条约谈判中得到了使用或发生了影响。[677]

(13) 上诉机构虽然并未使用“特定性”一词，但提到了上文所述的标准。上诉机构没有提到清晰性，而是使用了“一致性”的说法，并称不应将一致性作为基准，而是应将之用于确定有关实践的相关程度。“(在解释关税减让的含义时)过往的一致的分类实践常常可能具有重要意义。不一致的分类实践则不可能具有相关性”。[678].

(14) 另一个有助于确定第三十二条下相关性的因素或许是参与这一实践的受影响国家的数目。上诉机构指出：

为确立这种意向，仅仅一个缔约方的过往实践可能也具有相关性，但相对于全体缔约方的实践而言，其价值显然大打折扣。具体到对减让表中某项关税减让的解释，进口成员的分类实践实际上可能非常重要。[679]

[675] 欧洲共同体—冷冻无骨鸡块的海关分类，*AB-2005-5*，世贸组织上诉机构报告(WT/DS269/AB/R和Corr.1，WT/DS286/AB/R和Corr.1)，2005年9月27日通过，第297段。

[676] 欧洲共同体—某些计算机设备的海关分类(见上文脚注671)，第92段(脚注省略)。

[677] 欧洲共同体—冷冻无骨鸡块的海关分类(见上文脚注675)，第291段(脚注省略)。

[678] 同上，第307段(引用的文本来自欧洲共同体—某些计算机设备的海关分类(见上文脚注671)，第95段)。

[679] 欧洲共同体—某些计算机设备的海关分类(见上文脚注671)，第93段。

结论9 与条约解释有关的缔约方协定

1. 第三十一条第三款(*a*)项和(*b*)项所指的协定必须是各缔约方知悉并接受的关于条约解释的共同理解。这种协定虽然应予以考虑，但不必具有法律约束力。

2. 为确立第三十一条第三款(*b*)项所指的协定而必须积极从事嗣后实践的缔约方数目可能不尽相同。在有关情况要求作出某种反应时，一个或多个缔约方的沉默可能构成对嗣后实践的接受。

评注

(1) 第1段第一句提出了一项原则，即第三十一条第三款(*a*)项和(*b*)项所指的“协定(agreement)”必须是缔约方关于条约解释的共同理解。要使共同理解具有第三十一条第三款规定的效力，缔约方必须知悉并接受其中包含的解释。在结论草案4及其评注[680]中已经说明了(*a*)项和(*b*)项所指“协定”形式的不同，而结论草案9第1段旨在找出这两项的共同之处，即缔约方就条约解释在实质上达成的协定。

(2) 区分作为第三十一条第三款(*a*)项和(*b*)项所指作为作准解释资料的嗣后协定和嗣后实践与第三十二条所指作为补充解释资料的嗣后实践[681]的一个要素是缔约方就条约解释达成的“协定”。正是缔约方的这种协定使第三十一条第三款所指的解释资料[682]对于第三十一条下解释通则的互动解释进程具备了特定的功能和权重。[683]

(3) 不同缔约方表达的相互冲突的立场，会排除协定的存在。除其他外，仲裁庭在德国外债案中的裁决就确认了这一点，仲裁庭认为，无法从管理机构的一系列函件中得出“默认的嗣后理解”，因为其中一家机构即英格兰银行表达了不一样的立

[680] 见结论草案4的评注第(10)段(《2013年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第34页)。

[681] 见结论草案2和结论草案4，第3段(同上，第25和32页)。

[682] 见Crawford, “A consensualist interpretation of article 31 (3)…”(上文脚注564)，第30页：“没有理由认为(*b*)项中的‘协定(agreement)’一词与(*a*)项中的协定(agreement)一词的含义有任何的不同”。

[683] 见结论草案1评注的第(12)–(15)段(《2013年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第24–25页)；对第三十一条必须作“整体理解”，它将解释进程视为“一个综合的行动”，该条并未“确立一个解释条约的法律等级制度”，《1966年……年鉴》[英]，第二卷，文件A/6309/Rev.1，第二部分，第219–220页，第(8)–(9)段。

场。[684]

(4) 但是，仅在缔约方的立场相互冲突的范围内，仅在缔约方立场冲突持续的时间内，协定才不存在。从缔约方以不同方式适用条约这一事实本身，并不能得出在条约解释方面存在相互冲突的立场这一结论。这种不同可能说明对一个正确的解释存在不同意见，但也可能仅仅反映出一种共同理解，即条约允许在适用时行使一定范围的自由裁量权（见上文结论草案7的评注第(12)至(15)段）。以考虑全人类的或其他总体人群利益为特点的条约，如关于人权或难民的条约，往往意在有一个统一的解释，但也会为各国行使自由裁量权留出斟酌空间。

(5) 一个或多个缔约方模棱两可的行为通常使人无法确认存在协定[685]，但是，并不是一国行为中不符合总体情况的每个要素都必然导致该国行为具有模糊性，以至于无法认定存在协定。例如，仲裁法院在比格尔海峡案中认为，尽管缔约方曾经对条约的解释有过不同意见，但这一事实并不必然意味着不存在协定的状况是永久性的：

同样，未能取得［解决办法］的为解决争端而进行的谈判，不太可能造成任何永久的影响。其最多只是可能暂时性地使缔约方的行为失去了支持其各自对［1881年边界条约］的证据价值，只要这些行为是在谈判过程中进行的，最多也就是这样了。[686]

(6) 与此相似，在*Loizidou*诉土耳其案中，欧洲人权法院认为，“缔约方的嗣后实践确认了”缔约方可以对接受委员会和法院职能作出限制的范围，即“有证据显示一种实践，表明缔约方基本普遍同意《公约》……第25和第46条不允许作出领土或实质性的限制”。[687]该法院在适用第三十一条第三款(*b*)项时将“这种国家实践”称为“统一和一贯的”，但同时也指出有两个国家可能属于例外。[688]这一裁决表明，至少在《欧洲人权公约》下，解释者在评估缔约方就某项特定解释是否达成一致时有一定的斟酌余地。[689]

(7)《维也纳公约》中的“协定”一词[690]并不意味着任何具体的形式要求，[691]包括第三十一条第三款(*a*)项和(*b*)项所指的“协定”。[692]但是，委员会注意到，为了区分第三十一条第三款(*a*)项所指的嗣后协定和第三十一条第三款(*b*)项所指的“确定……一致”的嗣后实践，前者预先假定有“一次共同的行动”。[693]没有要求说第三十一条第三款(*a*)项所指的协定要公布

[684] 关于1961年和1969年德国马克重新定值是否构成适用1953年以比利时、法国、瑞士、大不列颠和北爱尔兰联合王国和美利坚合众国为一方与德意志联邦共和国为另一方的关于德国外债的协定的附件I A第2条(*e*)项的情形的问题，1980年5月16日的决定，《国际仲裁裁决汇编》，第十九卷（出售品编号E/F.90.V.7），第67页及其后，详第103–104页，第31段（另见ILR, vol. 59(1980)，第494页，详第540页）；另见欧洲共同体—某些计算机设备的海关分类（上文脚注671），第95段；及几内亚与几内亚比绍之间海洋边界划定，1985年2月14日的决定，《国际仲裁裁决汇编》，第十九卷，第149页，详第175页，第66段。

[685] 向居住在法国的教科文组织退休职员支付的退休金的税收制度问题（上文脚注627），详第258页，第70段；及Kolb, “La modification d’un traité …”（上文脚注640），第16页。

[686] 阿根廷和智利关于比格尔海峡的争端（见上文脚注670），第188页，第171段。关于1881年7月23日在布宜诺斯艾利斯签署的《阿根廷共和国与智利共和国之间的边界条约》，见联合国，《条约汇编》，第2384卷，第1295号，第205页。

[687] *Loizidou*诉土耳其（见上文脚注667），第79–80段。

[688] 同上，第80和82段。该案不涉及对具体人权的解释，而与一个国家到底是否受《欧洲人权公约》约束有关。

[689] 世贸组织争端解决机构较限制性的判例认为，不同的解释者可能对问题作出不同的评价，见美国—计算倾销差额（“归零”）的法律、条例和方法，世贸组织专家组的报告(WT/DS294/R)，经*AB-2006-2*，世贸组织上诉机构报告(WT/DS294/AB/R)修改，2006年5月9日通过，第7.218段：“即使已经确凿地确认，欧洲共同体所指全部76个成员国都采取了一种［特定的］做法……，这也只能意味着有不少世贸组织成员国采取了与美国不同的办法。……我们注意到，在本诉讼中，有一个第三方提交了论述，反驳欧洲共同体的观点”。

[690] 见第2条第1款(*a*)项，第3条，第24条第2款和第39–41、58和60条。

[691] 结论草案4的评注第(5)段（《2013年……年鉴》，第二卷（第二部分），第32–33页）；常设仲裁法院在孟加拉湾海洋边界仲裁（孟加拉国诉印度），2014年7月7日的裁决中确认了这一点，可获自www.pca-cpa.org/en/cases/18，第47页，第165段；Yasseen（上文脚注533），第45页；及Distefano（上文脚注533），第47页。

[692] 结论草案4的评注第(5)段（《2013年……年鉴》，第二卷（第二部分），第32–33页）；Gardiner, *Treaty Interpretation*（上文脚注533），第208–209页和第216–220页；Aust, *Modern Treaty Law and Practice*（见上文脚注598），第213页；Dörr, “Article 31. General rule of interpretation”（上文脚注534），第554页，第75段；和R. Gardiner, “The Vienna Convention rules on treaty interpretation”，载于D. B. Hollis (ed.), *The Oxford Guide to Treaties*, Oxford University Press, 2012)，第475和483页。

[693] 结论草案4的评注第(10)段（《2013年……年鉴》，第二卷（第二部分），第34页）；“一次共同的行动”也可能包括交换信件，见欧洲分子生物实验室仲裁（欧洲分子生物实验室诉德国），1990年6月29日的决定，ILR, vol. 105(1997)，第1页，详第54–56页；H. Fox, “Article 31 (3) (*a*)and (*b*)of the Vienna Convention and the *Kasikili/Sedudu Island* case”，载于M. Fitzmaurice, O. Elias and P. Merkouris, eds., *Treaty Interpretation and the Vienna Convention on the Law of Treaties – 30 Years on*, Leiden/Boston, Martinus Nijhoff, 2010，第63页；及Gardiner, *Treaty Interpretation*（上文脚注533），第220–221页。

或按《联合国宪章》第一百零二条的规定进行登记。[694]

（8）就第三十一条第三款所指的协定而言，缔约方就条约解释的立场恰好重合还不够，缔约方必须知悉并接受这些立场是共同的。因此，国际法院在卡西基利/塞杜杜岛案中要求，只有“当局充分意识并接受它，作为对条约边界的认可”，实践才属于第三十一条第三款 (*b*) 项所规定的范围。[695]事实上，只有知悉和接受其他缔约方关于条约解释的立场，才能有合理的理由将第三十一条第三款 (*a*) 项或 (*b*) 项所指的协定定义为“作准的”解释资料。[696]在有些情况下，可以推定已知悉和接受其他缔约方的立场，尤其是对于在国家层面实施的条约而言。

（9）第1段第二句的目的是重申就第三十一条第三款而言，“协定”本身无需具有法律约束力，[697]这与《维也纳公约》其他条款相反，在其他条款中，“在有法律约束力的文书的意义上使用协定一语”。[698]

（10）这一点也得到委员会的确认，委员会在条约法条款的最后草案中使用了“确立缔约方……谅解*的任何嗣后实践”这一说法。[699]“谅解”一词是说，第三十一条第三款所指的“协定”并不要求缔约方由此承担或创造任何在条约之上或独立于条约之外的法律义务。[700]联合国条约法会议以“协定”一词取代“谅解”，并没有实质性的原因，而“仅仅涉及措辞问题”，用以强调缔约方的谅解是他们的“共同”理解。[701]第三十一条第三款 (*a*) 项所指的“协定”与第三十一条第三款 (*b*) 项所指的协定的区别仅仅在于形式而不是内容，同样不需要具有法律约束力。[702]

（11）因此，缔约国通过第三十一条第三款所指的嗣后协定或嗣后实践对条约赋予一定含义[703]，或者换句话说，对条约采取一种特定的“谅解”[704]就足够了。第三十一条第三款 (*a*) 项和 (*b*) 项所指的嗣后协定和嗣后实践即使本身不具有法律约束力，但作为解释资料，它们仍然可以根据第三十一条的规定，作为解释过程的组成部分，产生法律影响。[705]据此，国

[694] A. Aust, “The theory and practice of informal international instruments”, *The International and Comparative Law Quarterly*, vol. 35, No. 4 (October 1986)，第789–790页。

[695] 卡西基利/塞杜杜岛（见上文脚注539），第1094页，第74段（“马苏比亚对岛屿的占领”）和第1077–1078页，第55段（“似乎从未为德国所知的Eason报告”）；及Dörr, “Article 31. General rule of interpretation”（上文脚注534），第560页，第88段。

[696] 在这方面，确定第三十一条第三款 (*b*) 项所指的嗣后实践可能比习惯国际法的形成的要求更严格，但是见Boisson de Chazournes, “Subsequent practice …”（上文脚注537），第53–55页。

[697] 结论草案4的评注第 (6) 段（《2013年……年鉴》，第二卷（第二部分），第33页）；P. Gautier, “Non-binding agreements”, *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*，在线版本可获自http://opil.ouplaw.com/home/epil，第14段；M. Benatar, “From probative value to authentic interpretation: the legal effect of interpretative declarations”, *Revue belge de droit international*, vol. 44 (2011)，第170页，详第194–195页；Aust, *Modern Treaty Law and Practic*（见上文脚注598），第213页；及Gardiner, *Treaty Interpretation*（上文脚注533），第217页；另见Nolte, “Third report for the ILC Study Group on treaties over time”（上文脚注673），第307页，详第375页。

[698] 见第2条第1款 (*a*) 项，第3条，第24条第2款和第39–41、58和60条。

[699]《1966年……年鉴》[英]，第二卷，文件A/6309/Rev.1，第二部分，第221–222页，第 (15) 段。

[700] 阿根廷和智利关于比格尔海峡的争端（见上文脚注670），第187页，第169段；关于1961年和1969年德国马克重新定值是否构成适用1953年关于德国外债的协定的附件I A第2条 (*e*) 项的情形的问题（见上文脚注684），第31段；Karl（上文脚注534），第190–195页；Kolb, “La modification d’un traité …”（上文脚注640），第25–26页；及Linderfalk, *On the Interpretation of Treaties …*（上文脚注534），第169–171页。

[701]《联合国条约法会议正式记录，第一届会议……》(A/CONF.39/11)（上文脚注535），第169页，详第60段；P. Gautier, “Les accords informels et la Convention de Vienne sur le droit des traités entre États”，载于N. Angelet *et al*., eds., *Droit du pouvoir*, *pouvoir du droit*: *mélanges offerts* à *Jean Salmon*, Brussels, Bruylant, 2007，第425页及其后，详第431页：La lettre a) du paragraphe 3 fait référence à un accord interprétatif et l’on peut supposer que le terme “accord” est ici utilisé dans un sens générique, qui ne correspond pas nécessairement au “traité”défini à l’article 2 de la[C]onvention de Vienne. Ainsi, l’accord interprétatif ultérieur pourrait être un accord verbal, voire un accord politique（第3款 (*a*) 项所述系指解释性的协定，此处使用“协定”是取其广义的意义，不一定与《维也纳公约》第二条定义的“条约”相符。因此，解释性协定最终有可能是一个口头协定甚至是政治协定）（脚注省略）。

[702] Gautier, “Non-binding agreements”（见上文脚注697），第14段；及Aust, *Modern Treaty Law and Practice*（见上文脚注598），第211和213页。

[703] 这一词汇遵循了委员会在其第六十三届会议通过的《对条约的保留实践指南》中准则1.2（解释性声明的定义）的评注（《2011年……年鉴》，第二卷（第三部分），第58–59页，第 (18)–(19) 段）。

[704]《1966年……年鉴》[英]，第二卷，文件A/6309/Rev.1，第二部分，第221–222页，第 (15)–(16) 段（在日后成为第三十一条第三款 (*a*) 项和第三十一条第三款 (*b*) 项的文字中均使用了“谅解 (understanding)”一语）。

[705] 美国—联合王国有关希思罗机场使用费的仲裁，关于第一个问题的裁决，1992年11月30日的决定，《国际仲裁裁决汇编》，第二十四卷（出售品编号E/F.04.V.18），第3页，详第131页，第6.8段；Aust, “The theory and practice of informal international instruments”（见上文脚注694），第787和807页；Linderfalk, *On the Interpretation of Treaties …*（上文脚注534），第173页；Hafner（上文脚注609），第110–113页；及Gautier,

际性法院和法庭不要求第三十一条第三款所指的“协定”反映缔约方有创立新的或另外的具有法律约束力的承诺的意向。[706]与此相似，有时谅解备忘录被承认为“有可能非常有助于解释”，但“不是独立的法律权利和义务的来源”。[707]

（12）另一方面，一些委员认为用语“协定”在《维也纳公约》所有条款中具有相同的含义。根据这些成员的意见，这个词表示有关国家之间具有法律效力的任何谅解，本评注所提到的判例法与这个定义不矛盾。这样的定义并不妨碍为了解释的目的而考虑第三十二条所指的不具法律约束力的谅解。

（13）第2段第一句确认了一项原则，即并非所有缔约方都必须参与某一特定实践，才能形成第三十一条第三款(*b*)项所指的协定。第二句澄清了，在特定情况下，未参与这一实践的缔约方的沉默或不作为可构成对这一实践的接受。

（14）从一开始，委员会就承认，通过第三十一条第三款(*b*)项所指的嗣后实践形成的“协定(agreement)”可部分地源于一个或多个缔约方的沉默或不作为。委员会在解释为何在条约法草案第27条第3款(*b*)项中使用“缔约方的谅解”一语（后来成为第三十一条第三款(*b*)项中的“协定”）（见上文第(10)段）而没有使用“所有缔约方的谅解”的说法时，指出：

它认为，“缔约方的谅解”一语自然是指“全体缔约方”。不加上“全体”一词只是为了防止被误解为每个缔约方都必须各自参与这种实践，其实只要每个缔约方接受有关实践就足够了。[708]

（15）国际法院也承认有可能经由沉默或不作为表示对解释的同意，该法院在*柏威夏寺*案中称，一国在面对另一方某种嗣后行为的情况下，“如果显然当时情况要求在合理期限内作出某种反应”，则“必须认定该国已经默认了”。[709]国际法院关于在通过嗣后实践确立有关条约解释的协定方面沉默的作用的这一总体立场在后来的裁决中也得到了确认[710]，并得到著述者的普遍支持。[711]“要求作出某种反应”的“情况”包括缔约方就条约进行互动的具体背景。[712]

（16）仲裁法院在*比格尔海峡*案中讨论了阿根廷的主张，即智利对某些岛屿的管辖行为不能被算作为相关的嗣后行为，因为阿根廷未对这些行为作出反应。但该法院认为：

《维也纳公约》中并未明确“协定”可以采取的表现形式。在本案中，管辖的行为不是为了确立独立于条约规定之外的所有权来源；也不能认为它们与智利对这些规定的理解相抵触。证据支持的观点是，这些行为是公开的，为阿根廷所熟知，它们只能来自于条约。在这种情况下，阿根廷的沉默就允许

“Les accords informels et la Convention de Vienne …”（上文脚注701），第434页。

[706] 例如，“意味缔约方就解释达成协定的模式”（*日本—酒精饮料二*（见上文脚注664），第16页）；或者“模式……必须意味就相关条款的解释达成一致”，*欧洲共同体及其成员国—某些信息技术产品的关税待遇*，世贸组织专家组报告(WT/DS375/R，WT/DS376/R，WT/DS377/R)，2010年9月21日通过，第7.558段）；或“体现就解释达成协定的实践”（*伊朗伊斯兰共和国诉美利坚合众国*，第ITL 83-B1-FT号中间裁决（反诉）（上文脚注621），第119页，第116段）；或“国家实践”“表明缔约国缺乏任何理解”（*Banković等诉比利时等*（见上文脚注555），第62段）。

[707] *美国—联合王国有关希思罗机场使用费的仲裁*（见上文脚注705），详第131页，第6.8段；另见*关于比利时王国与荷兰王国之间的铁莱茵（“Ijzeren Rijn”）铁路的仲裁裁决*，2005年5月24日的决定，《国际仲裁裁决汇编》，第二十七卷（出售品编号06.V.8），第35页，详第98页，第157段。

[708]《1966年……年鉴》[英]，第二卷，文件A/6309/Rev.1，第二部分，第221–222页，第(15)段。

[709] *柏威夏寺*（见上文脚注573），第23页。

[710] *石油平台*，初步反对意见，1996年12月12日的判决（上文脚注547），第815页，第30段；*尼加拉瓜境内和针对尼加拉瓜的军事和准军事活动*（*尼加拉瓜诉美利坚合众国*），管辖权和可受理性，判决，《1984年国际法院汇编》，第392页，详第410页，第39段；*检察官诉Anto Furundžija*，案号IT-95-17/1-T，1998年12月10日的判决，审判分庭，前南斯拉夫问题国际法庭，*Judicial Reports* 1998, vol. 1，第466页，详第591页，第179段；*Rantsev诉塞浦路斯和俄罗斯*（见上文脚注659），第285段；谨慎参见：*欧洲共同体—冷冻无骨鸡块的海关分类*（见上文脚注675），第272段；意义有限的判决，另见，*RayGo Wagner Equipment Company诉Iran Express Terminal Corporation*，案件号16，1983年3月18日的第30-16-3号裁决，伊朗—美国索赔法庭，*Iran–United States Claims Tribunal Reports*, vol. 2(1983-I)，第141页，详第144页；及*关于1961年和1969年德国马克重新定值是否构成适用1953年关于德国外债的协定的附件I A第2条(e)项的情形的问题*（见上文脚注684），第31段。

[711] Kamto, “La volonté de l’État …”（见上文脚注626），第134–141页；Yasseen（上文脚注533），第49页；Gardiner, *Treaty Interpretation*（见上文脚注533），第236页；Villiger, *Commentary on the 1969 Vienna Convention …*（上文脚注611），第431–432页，第22段；及Dörr, “Article 31. General rule of interpretation”（上文脚注534），第557–559页，第83和86段。

[712] 例如，当在国际组织的框架内行动时，见1995年9月13日*《临时协定》的适用*（*前南斯拉夫的马其顿共和国诉希腊*），2011年12月5日的判决，《2011年国际法院汇编》，第644页，详第675–676页，第99–101段；及Kamto, “La volonté de l’État …”（上文脚注626），第136页。

推断这些行为倾向于确认独立于管辖行为本身之外的对条约含义的解释。[713]

在同一案件中，仲裁法院认为：

（如本院业已表明的那样），仅仅是印制一些地位和价值极其令人怀疑的地图（尽管其确实代表阿根廷的官方观点）不能够排除或阻止智利采取一些行动，显示该国对自身根据［1881年边界条约］所具有权利的观点，如果阿根廷认为这些行动违反条约的话，仅靠出版地图本身也不能免除阿根廷就智利的行动作出反应的必要性。[714]

（17）沉默的作用的大小也取决于另一方的嗣后实践所涉及的法律情形以及由此表达的主张。因此，在喀麦隆和尼日利亚间陆地和海洋疆界案中，国际法院认为：

其中有些活动——开展公共保健和教育、治安、司法——通常可视为“主权”行为。但是，本院注意到，因喀麦隆在本地区有事先存在的所有权，相关的法律标准是是否有证据显示喀麦隆默认将所有权移交给尼日利亚。[715]

（18）这一判决表明，在涉及边界划定条约的案例中，只有在非常特殊的情况下才要求针对违反边界划定的行为作出反应。在这种情况下，似乎有一种强有力的推定，即沉默或不作为不构成对实践的接受。[716]

（19）沉默或不作为对于确立关于解释的协定的相关性在很大程度上取决于具体案件的具体情况。国际性法院和法庭的裁决显示，通过沉默或不作为来接受一方或多方的实践并不能很容易地得到确立。

（20）例如，国际性法院和法庭不太愿意接受以下观点，即议会程序或国内法庭判决应被视为第三十一条第三款（*b*）项所指的嗣后实践，条约其他缔约方需要对此作出反应，即使是此类程序或判决是经由其他渠道包括通过本国的外交部门引起其注意的情况。[717]

（21）此外，即使当一方通过行动就条约解释对另一方（或几方）表达特定立场时，这也不一定要求另外一方或几方作出反应。在卡西基利/塞杜杜岛案中，国际法院认为，对于接受各方委任就某一争端事项确定特定事实情况的联合专家委员会的结论，如果一国没有对其作出反应，并不能由此作为依据，认定有关方面已就争端达成协定。[718]法院认为，当事方认为专家的工作仅仅是一个准备阶段，以便今后在政治层面上另外作出决定。就更一般的情况而言，世贸组织上诉机构认为：

在特定情况下，根据当时的具体情形，对条约特定缔约方的“没有反应”或沉默可以理解为接受了条约其他缔约方的实践。当没有参与一项实践的缔约方主动或被动地知悉其他缔约方的实践（如经过通知或参加讨论实践的一个论坛）而没有对此作出反应时，就可以视为上述的一种情况。[719]

国际海洋法法庭确认了上述办法。该法庭考虑到各国在解释《联合国海洋法公约》第五十六、五十八和七十三条上的实践，称：

本庭承认，不仅在西非地区，还有世界其他一些地区，有些国家的国内法对在本国专属经济区捕鱼的外国船只的装载量作出了规定，与几内亚比绍相似。本庭还注意到，对于此类法律并没有明示的反对意见，而且这些法律一般都得到遵守。[720]

（22）面对条约某一缔约方的某项嗣后实践保持沉默或不作为，在法律上可能产生重要的意义，不仅可能导致一项潜在的共同协定，还可能导致多项非基于同意的规则发挥作用，如禁止反言规则、排除规则或时效规则。[721]

（23）第三十一条第三款（*a*）项和（*b*）项所指的缔约方之间的协定在确立后，后来也可能终止。缔约方可用另一个具有不同范围或内容的第三十一条第

[713] 阿根廷和智利关于比格尔海峡的争端（见上文脚注670），第187页，第169（*a*）段。

[714] 同上，第188页，第171段。

[715] 喀麦隆和尼日利亚间陆地和海洋疆界（喀麦隆诉尼日利亚：赤道几内亚参与诉讼），判决（见上文脚注635），第352–353页，第67段。

[716] 同上，第351页，第64段：“但是，法院指出，鉴于法院已经认定，乍得湖的边界已经划定……必然地，尼日利亚的任何有效控制，的确都应被当作违反法律的行为，来对其法律后果进行评价”；另见边界争端，判决，《1986年国际法院汇编》，第554页，详第586页，第63段；几内亚与几内亚比绍之间海洋边界划定，1989年7月31日的决定，《国际仲裁裁决汇编》，第二十卷（出售品编号E/F.93.V.3），第119页，详第181页，第70段（Bedjaoui法官的反对意见）（原文为法文；英文译本载于同上，几内亚比绍共和国政府申请书提要附件）。

[717] 利吉丹岛和西巴丹岛的主权归属（见上文脚注583），第650–651页，第48段；及欧洲共同体—冷冻无骨鸡块的海关分类（见上文脚注675），第334段（“仅是能够查阅一个公布的判决不能等同于接受”）。

[718] 卡西基利/塞杜杜岛（见上文脚注539），第1089–1091页，第65–68段。

[719] 欧洲共同体—冷冻无骨鸡块的海关分类（见上文脚注675），第272段（脚注省略）。

[720] “弗吉尼亚G”号轮（巴拿马/几内亚比绍），案号19，2014年4月14日的判决，《2014年国际海洋法法庭汇编》，第4页及其后，详第64页，第218段。

[721] 联合国某些经费（见上文脚注540），第182页及其后（斯彭德法官的反对意见）。

三款所指的协定加以取代。在这种情况下，新协定自达成之日起取代旧协定成为作准的解释资料，至少对未来有效。[722]但是，不应轻易认定存在这种情况，因为国家通常不会出于短期考虑因素而改变其对条约的解释。

（24）缔约国就条约解释达成嗣后协定后，也有可能出现不同意见。但是，这种不同意见通常不能取代前述嗣后协定，因为诚意原则使缔约方不能简单地不承认通过共同解释所产生的正当预期。[723]另一方面，一个缔约方如果明确表示不承认以前由共同实践产生的谅解，“确实会在很大程度上削弱此后……有关实践的重要性”，但不会削弱以前的共同实践的重要性。[724]

结论 10　在缔约国大会框架内通过的决定

1. 为本结论草案的目的，缔约国大会指缔约国为了审查或执行条约而举行的会议，但缔约国作为国际组织机关成员行事的情况不在此列。

2. 在缔约国大会框架内通过的决定所具有的法律效力主要取决于条约和任何可适用的议事规则。根据情况，这种决定可明确或间接地体现第三十一条第三款（*a*）项所指的嗣后协定，或产生第三十一条第三款（*b*）项或第三十二条所指的嗣后实践。在缔约国大会框架内通过的决定通常为执行条约提供了非排他性的一系列可行选择。

3. 在缔约国大会框架内通过的决定只要表达了缔约国之间就条约的解释达成的实质性协议，则不论决定以何种形式和程序通过，包括经协商一致通过，均构成第三十一条第三款所指的嗣后协定或嗣后实践。

评注

（1）结论草案10述及国家采取的行动的一种具体形式，即在缔约国大会[725]框架内通过的决定，它可能成为第三十一条第三款所指的嗣后协定或嗣后实践，或第三十二条所指的嗣后实践。

（2）各国通常利用缔约国大会作为多边条约审查和实施持续进程的一种行动方式。[726]这种大会可粗略地分为两个基本类别。第一，有些大会事实上是国际组织的一个机关，缔约国在大会中以机关成员的身份采取行动（如世界贸易组织、禁止化学武器组织或国际民用航空组织的缔约方会议）。[727]此类大会不属于结论草案10的范围，该条草案不涉及国际组织的和国际组织内的嗣后实践。[728]第二，其他缔约国大会是依照有关条约召集的，这些条约没有规定设立国际组织，而是仅仅规定或允许缔约国较为定期地举行会议，以便开展审查和执行工作。此类审查会议是缔约国就条约进行合作和开展嗣后行动的框架。这两种缔约国大会都可能具有修正和/或调整条约的特定权力。例如，1972年《关于禁止发展、生产和储存细菌（生物）及毒素武器和销毁此种武器的公约》审查会议进程[729]、1968年《不扩散核武器条约》第八条第3款规定的审查会议[730]和国际环境条约所设立的缔约方大会。[731]依照1946年《国际捕鲸管制公约》成立

[722] Hafner（见上文脚注609），第118页；这意味着，如Yasseen（上文脚注533，第47页）所主张的，第三十一条第三款所指的协定的解释性效力并不一定追溯到条约生效之日。

[723] Karl（见上文脚注534），第151页。

[724] *海洋争端*（*秘鲁诉智利*）（见上文脚注545），第56页，第142段。可获自 www.icj-cij.org/en/case/137。

[725] 其他说法包括：缔约方会议或缔约国大会（Assemblies of the States Parties）。

[726] 见V. Röben, “Conference（Meeting）of States Parties”，载于R. Wolfrum (ed.), *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, vol. II, Oxford University Press, 2012，第605页（可获自http://opil.ouplaw.com/home/epil）；R. R. Churchill and G. Ulfstein, “Autonomous institutional arrangements in multilateral environmental agreements: a little-noticed phenomenon in international law”, AJIL, vol. 94, No. 4（October 2000），第623页；J. Brunnée, “COPing with consent: law-making under multilateral environmental agreements”, *Leiden Journal of International Law*, vol. 15, No. 1（2002），第1页；A. Wiersema, “The new international law-makers? Conferences of the Parties to multilateral environmental agreements”, *Michigan Journal of International Law*, vol. 31, No. 1（Fall 2009），第231页；及L. Boisson de Chazournes, “Environmental treaties in time”, *Environmental Policy and Law*, vol. 39, No. 6（2009），第293页。

[727] 1994年《建立世界贸易组织的马拉喀什协定》；1993年《关于禁止发展，生产，储存和使用化学武器及销毁化学武器的公约》；及1944年《国际民用航空公约》。

[728] 建立国际组织的条约的嗣后协定和嗣后实践将是另一份报告的主题。

[729] 见《关于禁止发展、生产和储存细菌（生物）及毒素武器和销毁此种武器的公约》，第十一条。按照这个机制，缔约国在审查会议上应“……审查本公约的实施情况，以保证本公约序言的宗旨和各项条款……正在得到实现。此项审查应考虑到任何与本公约有关的科学和技术的新发展”（第十二条）。

[730] 第八条第3款规定，在条约生效后五年，应举行审查会议，此后，如有此决定，应每隔五年另行召集这种会议，“……审查本条约的实施情况，以保证本条约序言的宗旨和本条约的各项条款正在得到实现”。通过这种决定，缔约国逐条审查《不扩散核武器条约》的实施情况，并就后续行动拟订结论和建议。

[731] 例子包括1992年《联合国气候变化框架公约》缔约方大会；作为《联合国气候变化框架公约［1997年］京都议定书》

的国际捕鲸委员会[732]是界于上述两个基本类别之间的缔约国大会的一个例子，国际法院在南极捕鲸案的判决中考虑了该委员会的嗣后实践。[733]

(3) 缔约国大会通常由条约设立，因此在某种意义上属于“条约机构”。但是，不应将缔约国大会与由独立专家组成的机构或成员数量有限的机构混为一谈。缔约国大会是向有关条约的全体缔约方开放、较为定期举行的会议。

(4) 为了承认缔约国大会及其运作规则的广泛多样性，第1段为本结论草案的目的，对“缔约国大会”这一用语作了宽泛的定义，仅将缔约国作为国际组织机关成员行事的情况排除在外（这是后面另一条结论草案的主题）。

(5) 第2段第一句承认，缔约国大会采取的任何行动的法律意义首先取决于规范缔约国大会的规则，最主要的是组成条约和任何适用的程序规则。缔约国大会开展各种行动，包括审查条约的执行情况，审查条约本身，及根据修正程序作出决定。[734]

(6) 缔约国大会的权力可以载于通则或具体条款中或两者兼有。例如，《联合国气候变化框架公约》第七条第2款首先做了下面的总体论述，然后阐述了该条约缔约方会议的十三项具体任务，其中一条涉及审查缔约方在条约下的义务：

> 缔约方会议作为本公约的最高机构，应定期审评本公约和缔约方会议可能通过的任何相关法律文书的履行情况，并应在其职权范围内作出为促进本公约的有效履行所必要的决定。

(7) 不同条约中所载具体条款请缔约国大会提出实施条约具体条款的“准则”[735]或确定条约机制“相关的原则、方式、规则和指南”。[736]

(8) （广义的）修正程序包括条约主要文本的修正程序（修正结果大多要求缔约国按照组织程序加以批准）以及默认接受和选择退出程序[737]，后两者通常适用于附件，其中载有需定期更新的物质、物种或其他要素清单。[738]

(9) 首先，第2段规定，在缔约国大会框架内通过的决定所具有的法律效力主要取决于有关条约和任何可适用的议事规则。“主要”一词为辅助规则“除条约另有规定外”（例见《维也纳条约法公约》第十六条、第二十条、第二十二条第一款、第二十四条、第七十条第一款和第七十二条第一款）留出了余地。“任何”一词是澄清说明，缔约国大会如有议事规则的话也将适用，因为可能有缔约国大会在没有专门通过的议事规则的情况下运作。[739]

(10) 第2段第二句承认，缔约国大会的决定可构成《维也纳公约》第三十一条和第三十二条所指用于条约解释的嗣后协定或嗣后实践。在缔约国大会框架内通过的决定可履行一个重要职能，即确定缔约国对条约含义的共同理解。

(11) 缔约国大会的决定除其他外，可构成或体现第三十一条第三款 (*a*) 项所指的嗣后协定，缔约国通过这些协定来解释基本的条约。例如，《生物武器公约》审查会议定期就该公约的规定的解释通过“进一步谅解和协议”。这些协议由缔约国在审查会议框架内经协商一致通过，“从条约的所有条款发展出来，解决可能出现的具体问题”。[740]通过这些谅解，缔约

缔约方会议的缔约方大会；及1971年《关于特别是作为水禽栖息地的国际重要湿地公约》缔约方会议。

[732] 人们常称该公约设立了一个国际组织，但该公约并未明确地这样做，而是赋予了国际捕鲸委员会一些特点，这些特点符合本文对缔约国大会的定义。

[733] 南极捕鲸（见上文脚注548）。

[734] 《关于特别是作为水禽栖息地的国际重要湿地公约》，关于审查职能的第6条第1款和关于修正的第10之二条（关于修正上述公约的1982年议定书，第1条）；《联合国气候变化框架公约》，关于审评权力的第七条第2款和关于修正的第十五条；《联合国气候变化框架公约京都议定书》，关于作为《京都议定书》缔约方会议的《公约》缔约方大会审评权力的第十三条第4款，和关于修正程序的第二十条；《濒危野生动植物国际贸易公约》，关于缔约国审查会议的第十一条，和关于修正程序的第十七条；《不扩散核武器条约》；《世界卫生组织烟草控制框架公约》，第23条第5款（审查权力）、第28条（修正）和第33条（议定书）。

[735] 《世界卫生组织烟草控制框架公约》第7条和第9条。

[736] 《联合国气候变化框架公约京都议定书》关于排放贸易的第十七条提供了一个例子，见Churchill and Ulfstein（上文脚注726），第639页；及J. Brunnée, “Reweaving the fabric of international law? Patterns of consent in environmental framework agreements”，载于R. Wolfrum and V. Röben (eds.), *Developments of International Law in Treaty Making*, Berlin, Springer, 2005，第110–115页。

[737] 见J. Brunnée, “Treaty amendments”，载于D.B. Hollis (ed.), *The Oxford Guide to Treaties*, Oxford University Press, 2012，第354–360页。

[738] 同上。

[739] 例如，《联合国气候变化框架公约》就是这样。

[740] 见P. Millett, “The Biological Weapons Convention: securing biology in the twenty-first century”, *Journal of Conflict and*

国界定、具体说明或阐述《公约》规定的含义和范围，以此来解释这些规定，此外还会通过关于执行这些规定的准则。《生物武器公约》执行支助股[741]将“进一步谅解和协议”定义为这样的谅解和协议：

(*a*) 解释、界定或阐述《公约》某一规定的含义或范围的；或

(*b*) 就如何执行某一规定提供指示、准则或建议的。[742]

(12) 与此相似，《防止倾倒废物及其他物质污染海洋的公约》之下的缔约国会议也通过了多项解释该公约的决议。国际海事组织法律事务处应管理机构的请求，就《伦敦公约》之下缔约国会议的“解释性决议”提出了以下意见：

根据1969年《维也纳条约法公约》（《维也纳公约》）第三十一条第三款(*a*)项，在解释条约时应考虑缔约方之间的嗣后协定。该条没有规定包含有这种解释的嗣后协定的特定形式。这似乎是说，只要意向是明确的，解释可采取各种形式，包括在某次缔约方会议上通过的决议，甚至是在某次缔约方会议的简要记录中记录下来的一项决定。[743]

(13) 同样，世界卫生组织（世卫组织）法律顾问在一般意义上指出：

缔约方会议是由［《烟草控制框架公约》］所有缔约方构成的最高机构，其作出的决定无疑是《维也纳公约》第三十一条所述的“当事国嗣后所订关于条约之解释之协定”。[744]

(14) 也有评论者认为缔约国大会的决定能够体现嗣后协定[745]，并指出：

此类声明本身不具有法律约束力，但可以具有法律上的重要意义，特别是作为条约的作准解释来源。[746]

(15) 国际法院就《国际捕鲸管制公约》设立的国际捕鲸委员会的作用指出：

《公约》第六条写道，“委员会可不定期地就涉及鲸或捕鲸以及本公约目标和宗旨的任何事项向任何或全体缔约国政府提出建议”。这些建议采取决议的形式，不具有约束力。但是，如果它们经由协商一致或一致投票而获得通过，则对于解释《公约》或其《附录》可能具有相关性。[747]

(16) 以下来自缔约国大会实践的实例支持了这样的主张，即此类大会的决定可能体现第三十一条第三款(*a*)项所指的嗣后协定。

(17)《关于禁止发展、生产和储存细菌（生物）及毒素武器和销毁此种武器的公约》第一条第一款规定，缔约国承诺在任何情况下决不发展、生产、储存或以其他方法取得或保有

凡类型和数量不属于预防、保护或其他和平用途所正当需要的微生物剂或其他生物剂或毒素，不论其来源或生产方法如何；

(18) 缔约国在第三次审查会议（1991年）上明确指出，上述条款规定的禁令涉及“对植物和动物以及人类有害的微生物剂或其他生物剂或毒素”。[748]

(19)《关于消耗臭氧层物质的蒙特利尔议定书》第4条第9款引发了关于“非本议定书缔约方的国家”定义的一场辩论。根据第4条第9款：

为本条的目的，“非本议定书缔约方的国家”一词，以任何特定的受控物质而言，应包括尚未同意受当时对该物质生效的控制措施约束的每一国家或区域经济一体化组织。

(20) 关于氟氯烃（或称HCFCs），两项相关的修正即《哥本哈根修正》和《北京修正》规定了义务，从而引发了一国是否必须没有加入这两项修正案中的

Security Law, vol. 15, No. 1 (2010)，第33页。

[741] 执行支助股由缔约国会议创立，以便为会议提供行政支助，并加强缔约国之间的建立信任措施（见《关于禁止发展、生产和储存细菌（生物）及毒素武器和销毁此种武器的公约》缔约国第六次审查会议最后文件(BWC/CONF.VI/6)，第三部分（决定和建议），第19–20页）。

[742] 执行支助股提交的背景资料文件，该文件为《公约》缔约国第七次审查会议编写，题为“以往各次审查会议就《公约》每一条款达成的进一步谅解和协议”(BWC/CONF.VII/INF.5)，第1段。

[743] 议程项目4（海洋肥化），秘书处提交，关于解释性决议的决定的有关程序性规定：海事组织法律事务处的意见（海事组织，文件LC 33/J/6，第3段）。

[744]《世界卫生组织烟草控制框架公约》缔约方会议，关于烟草制品非法贸易议定书的政府间谈判机构，“主席关于烟草制品非法贸易议定书的修正文本和一般性辩论：关于议定书范围的法律咨询意见”，卫生组织法律顾问关于烟草制品非法贸易议定书范围的说明（世卫组织，文件FCTC/COP/INB-IT/3/INF.DOC./6，附件，第8段）；及见S. F. Halabi, “The World Health Organization’s Framework Convention on Tobacco Control: an analysis of guidelines adopted by the Conference of the Parties”, *Georgia Journal of International and Comparative Law*, vol. 39, No. 1 (2010)，第135–136页。

[745] D. H. Joyner, *Interpreting the Nuclear Non-Proliferation Treaty*, Oxford University Press, 2011，第83页（关于不扩散核武器条约）；及Aust, *Modern Treaty Law and Practice*（见上文脚注598），第213–214页。

[746] B. M. Carnahan, “Treaty review conferences”, AJIL, vol. 81, No. 1 (January 1987)，第229页。

[747] *南极捕鲸*（见上文脚注548），第248页，第46段。

[748]《关于禁止发展、生产和储存细菌（生物）及毒素武器和销毁此种武器的公约》缔约国第三次审查会议最后文件(BWC/CONF.III/23)，第二部分，最后宣言，第11页。

任何一个，才是“非本议定书缔约方的国家”的问题。缔约方会议决定

“非本议定书缔约方的国家”包括所有尚未同意受《哥本哈根修正》和《北京修正》约束的其他国家和区域经济一体化组织。”[749]

(21) 默认接受程序导致的行为（见上文第(8)段）本身虽然不是第三十一条第三款(*a*)项所指缔约方的嗣后协定，但它们除了条约规定的主要效力外，在有些情况下可以暗示存在这样一种嗣后协定。有一个例子涉及1972年《防止倾倒废物及其他物质污染海洋的公约》缔约方会议的某些决定。在1993年举行的第十六次会议上，缔约方磋商会议以《公约》规定的默认接受程序通过了对附件一的三项修正。[750]这样的话，这些修正并非嗣后协定。但是，它们确实包含了对基本条约本身的广泛的解释。[751]有关修正提到并立足于一项三年前举行的磋商会议所通过的决议，其中确立了缔约方的以下协定：“《伦敦倾倒公约》是处理向通过海洋进入的海床下处置库倾倒低放射性废物问题的适当机构”。[752]该决议被称为“实际扩展了《公约》下‘倾倒’的定义，决定该词涵盖从海上而不是通过管道从陆地向海床中或海床下倾倒废物的做法”。[753]如此，有关修正证实，该项解释性决议包含了一项关于条约解释的嗣后协定。

(22)《控制危险废物越境转移及其处置的巴塞尔公约》第17条第5款规定，“修正（……）应于保存人接得至少四分之三接受［修正］的缔约国的批准、核准、正式确认或接受文书之后第九十天（……）开始生效”。缔约方会议参考印度尼西亚—瑞士的一项倡议，决定澄清要求修正得到四分之三缔约方接受的规定，商定：

在不影响任何其他多边环境协定的前提下，《巴塞尔公约》第17条第5款的含义应被解释为指修正只有得到其通过时四分之三的缔约方接受才能生效，同时指出对第17条第5款的这一解释不要求任何缔约方批准《关于禁令的修正》。[754]

缔约方以协商一致方式通过了这项关于第17条第5款的解释的决定，当时许多缔约国强调指出，任何公约的缔约国大会是“关于公约解释的最高机构”。[755]虽然这意味着此项决定体现了第三十一条第三款(*a*)项所指的缔约方嗣后协定，但在作出这一决定前也进行了辩论，即是否必须对《公约》作出正式修正才能达成这一结果。[756]还应指出，日本要求将这一立场写入会议报告，称该国代表团“在解释《公约》关于修正生效的规定的问题上，支持按照保存人联合国法律事务厅的法律咨询意见所述，采取现时办法[757]，并且仅在此次具体情况下接受关于印度尼西亚—瑞士

[749] 关于《北京修正》各缔约方依照《蒙特利尔议定书》第4条针对氟氯烃所承担的义务的第XV/3号决定；定义本身如下：“1. ……(*a*)第4条第9款中的‘非本议定书缔约方的国家’一语于2016年1月1日之前不适用于那些按《议定书》第5(1)条行事的缔约方，届时依照《哥本哈根修正》和《北京修正》的相关规定，氟氯烃的生产和消费控制措施将开始对这些按《议定书》第5条第1款行事的国家生效；(*b*)‘非本议定书缔约方的国家’一语包括所有尚未同意受《哥本哈根修正》和《北京修正》约束的其他国家和区域经济一体化组织；(*c*)但同时还认识到，鉴于在采用对‘非本议定书缔约方的国家’一语的上述解释时在时间上涉及的实际困难，决定只要所涉国家已于2004年3月31日之前采取了下列各项措施，则以上第1(*b*)段便将不对之适用：（一）通知秘书处它打算尽快批准、加入或接受《北京修正》；（二）提供证明，确认它已完全遵守经《哥本哈根修正》修正的《议定书》第2条、第2A-2G条和第4条的相关规定；（三）向秘书处提交了第(*i*)和(*ii*)项中所述数据，并计划于2005年3月31日予以增订；如系此种情形，则在缔约方第七次会议结束之前便可暂不把此种国家归入‘非本议定书缔约方的国家’的定义范围”（UNEP/OzL.Pro.15/9，第十八章A）。

[750] 见缔约方第十六次协商会议通过的1993年11月12日的LC.49(16)，LC.50（16）号决议和LC.51（16）号决议，联合国，《条约汇编》，第1775卷，第395页。首先，会议决定在1995年12月31日以前修正逐步退出倾倒工业废物的规定；其次，禁止向海洋倾倒工业废物和下水管道废弃物的焚化物。最后，决定取代附件一第6段，禁止倾倒放射性垃圾或其他放射性物质；另见“Dumping at sea: the evolution of the Convention on the Prevention of Marine Pollution by Dumping of Wastes and Other Matter（LC), 1972”, *Focus on IMO*（IMO, July 1997）［“向海洋倾倒：《防止倾倒废物及其他物质污染海洋的公约》的发展(LC)，1972年”，《聚焦国际海事组织》（国际海事组织，1997年7月）］。

[751] 有人主张，对《防止倾倒废物及其他物质污染海洋的公约》附件一的这些修正“是公约的重大变化”（Churchill and Ulfstein，上文脚注726，第638页）。

[752] 国际海事组织，决议LDC.41(13)，第1段（海事组织，文件LDC 13/15(1990)，附件7）。

[753] Churchill and Ulfstein，上文脚注726，第641页。

[754] BC-10/3：印度尼西亚—瑞士国家牵头的旨在提高《巴塞尔公约》成效的倡议，载于《控制危险废物越境转移及其处置巴塞尔公约》缔约方大会第十次会议报告（卡塔赫纳（哥伦比亚），2011年10月17–21日），UNEP/CHW.10/28，第32页。

[755] 同上，第10页，第65段。

[756] G. Handl, “International ‘lawmaking’ by Conferences of the Parties and other politically mandated bodies”，载于Wolfrum and Röben (eds.), *Developments of International Law in Treaty Making*（上文脚注736），第127页，详第132页。

[757] 联合国法律顾问所赞成的“当前时段的办法”规定，“当条约对此事项未作规定或比较模糊时，秘书长的惯例是以交存对修正的每份接受文书时条约缔约方的数目来计算接受国的数目”。见联合国法律事务厅2004年3月8日备忘录的摘要，可获自www.basel.int/TheConvention/Overview/Amendments/Background/tabid/2760/Default.aspx。

国家牵头倡议的决定中阐述的定时办法*”。[758]

(23) 前述例子表明，缔约国大会的决定在特定情形下可能体现第三十一条第三款(*a*)项所指的嗣后协定，可能产生第三十一条第三款(*b*)项下所述的嗣后实践，如果不反映缔约方的协定，也可能产生第三十二条所指的其他嗣后实践。一项缔约国大会决定到底具有哪种性质，必须始终予以仔细确定。为此目的，应结合缔约国大会决定的总体文本、其目的和宗旨及适用方式来考虑所选择用语的特定性和明确性。缔约方通常不希望此类决定具有任何特定的法律意义。

(24) 结论草案10第2段最后一句提醒解释者，缔约国大会通过的决定通常为执行条约提供一系列可行的选择，但不一定体现为满足条约解释目的的嗣后协定和嗣后实践。事实上，缔约国大会常常并不明确地以解决或处理条约解释问题为目的。

(25)《世界卫生组织烟草控制框架公约》缔约方会议的决定提供了一个例子。该公约第9条和第10条分别涉及烟草制品成分的管制和对于披露此类制品成分信息的管制。缔约国承认此类措施需要配置大量的财政资源，故而在执行第9条和第10条的“实际考虑”的标题下商定了“缔约国可考虑使用的一些选择”，如：

(*a*) 指定的烟草税；

(*b*) 烟草生产和/或进口许可费；

(*c*) 烟草产品登记费；

(*d*) 烟草批发商和/或零售商许可证制度；

(*e*) 对烟草行业和零售商征收的违规罚款；和

(*f*) 每年的烟草管理费（烟草业和零售商）。[759]

该决定提供了执行《公约》第9条和第10条的一系列可行选择，并非穷尽无遗。但是，缔约方据此默示商定，所述的“选择”是与《公约》相符的。

(26) 因此，缔约国大会的决定可以具有不同的法律效力。此类决定并不是意图成为关于条约解释的声明，因而其本身往往并不意图体现第三十一条第三款(*a*)项所指的嗣后协定。在另外一些案例中，缔约方足够明确地指出，缔约国大会的决定体现了缔约方就条约解释达成的协定。还有一些情况，这些决定可能产生一种法律效力，结合缔约方根据条约规定进行合作的一般性义务，“就使缔约方有义务”对此类决定“给予应有的注意”。[760]无论是何种情况，都不能简单地认为，由于条约没有赋予缔约国大会作出有法律约束力的决定的职能，其决定就一定不具有法律意义，只能构成政治承诺。[761]

(27) 归根结底，缔约国大会决定的效力取决于每个具体案例的具体情况，对这些决定也需要加以正确的解释。缔约国是否一致或无人质疑地按照缔约国大会决定的解释来适用条约，可能是相关的考虑因素之一。如果在缔约国大会作出决定之后仍然出现做法不一致的情况，则可能说明各国并没有认为有关决定属于第三十一条第三款(*a*)项所指的嗣后协定（见上文结论草案9的评注第(22)–(23)段）。但是，不构成第三十一条第三款(*a*)项所指嗣后协定或第三十一条第三款(*b*)项所指嗣后实践的那些缔约国大会的决定仍有可能构成第三十二条所述的补充的解释资料。[762]

(28) 第3段列出了一项原则，即第三十一条第三款所述关于条约解释的协定必须涉及条约的内容。因此，重点在于缔约国大会的决定所体现的协定的内容，而非达成这一决定的形式或程序。源自缔约国大会的行为可能具有不同的形式和名称，并且可能由不同的程序产生。缔约国大会甚至可能在没有正式通过的议事规则的情况下开展工作。[763]缔约国大

[758]《巴塞尔公约》缔约方大会的报告，UNEP/CHW.10/28（见上文脚注754），第10页，第68段。

[759] FCTC/COP4(10)：《世界卫生组织烟草控制框架公约》第9和10条（烟草制品成分管制和烟草制品披露的规定）实施准则部分案文，附件，《世界卫生组织烟草控制框架公约》第四届缔约方会议通过（埃斯特角城（乌拉圭），2010年11月15日–20日），FCTC/COP/4/DIV/6，第52页，准则2.3。

[760] 南极捕鲸（见上文脚注548），第257页和269–270页，第83和第137段。

[761] 同上，第248页，第46段。

[762] 同上（专案法官Charlesworth的个别意见，第453–454页，第4段：“我注意到，［国际捕鲸委员会］投票通过的决议具有一定的后果，但不属于《维也纳公约》第三十一条第三款的规定范围”）。

[763]《联合国气候变化框架公约》缔约方会议暂时适用FCCC/CP/1996/2号文件所载的议事规则草案，但“表决”一节中的规则草案第42条除外，因为缔约方迄今为止尚未就其中列出的两种表决替代办法之一达成协定，见1995年3月28日至4月7日在柏林举行的缔约方会议第一届会议的报告(FCCC/CP/1995/7)，第6页，第10段；及2013年11月11日至23日在华沙举行的缔约方会议第十九届会议的报告(FCCC/CP/2013/10)，第7页，第4段；同样，《生物多样性公约》缔约方大会没有通过《议事规则》第40条第1款（关于表决），“原

会的决定如果是全体缔约方一致投票得出的，则可能明确体现第三十一条第三款(*a*)项所指的“嗣后协定”，前提是这是一项“关于条约之解释”的决定。

(29) 但是，缔约国大会有关审查和执行职能的决定通常会以协商一致的方式通过。这种做法源于议事规则，议事规则通常要求缔约国尽一切努力就实质性事项达成协商一致。早期的一个例子见《生物武器公约》缔约方会议审查会议的暂行议事规则。规则28第2段规定：

> 审查会议的任务是审查《公约》的实施情况，以期确保《公约》序言和条款的宗旨得到实现。因此，为加强《公约》的效力，应尽一切努力以协商一致的办法就实质性事项达成一致意见。除非为取得协商一致已经用尽一切努力，否则不应在这种事项上采取投票的办法。[764]

这种表述业已成为关于缔约国大会实质性决策程序的标准表述，各种表述只有细微的差异。

(30) 为解决对于以协商一致方式通过决定的关切，在第3段的中间加入了“包括经协商一致通过”一语，以消除一种观念，即协商一致的决定必然等同于实质性的一致意见。事实上，协商一致这一概念并不必然表明就实质事项达成任何程度上的协定。按照联合国秘书处法律事务厅依照联合国大会第60/286号决议发布的“关于某些程序性问题的评论”：[765]

> 协商一致通常被理解为一个决策进程，以没有正式反对意见也不通过正式投票的方式作出决定。但是，协商一致并不一定反映实质性事项上意见的“完全统一”。协商一致是用来说明一种做法，即为取得总体一致意见而尽一切努力，并且没有代表团明确反对所记录下来的协商一致意见。[766]

(31) 因此，经协商一致通过并非第三十一条第三款(*b*)项所指协定的充分条件。缔约国大会议事规则通常并不表明决议作为第三十一条第三款(*a*)项所指嗣后协定或第三十一条第三款(*b*)项所指嗣后实践的可能的法律效力。这种议事规则只能决定缔约国大会应如何通过其决定，而不能确定这些决定作为第三十一条第三款所指嗣后协定可能具有的法律效力。尽管第三十一条第三款(*a*)项所指嗣后协定本身并不需要具备约束力，但《维也纳公约》规定，这种嗣后协定可以具有第三十一条下的法律效力，前提是缔约方必须就条约解释达成了实质性协定。国际法院已经确认，在这种情况下，集体性决定的形式与关于实质问题的一致意见之间的区别是有关系的。[767]

(32) 有些决定虽然是被宣布为经协商一致通过的，但不能作为第三十一条第三款(*a*)项所指的嗣后协定，尤其是在有一个或多个缔约方反对这种协商一致的情况下。

(33) 例如，在2002年举行的《生物多样性公约》缔约国大会第六次会议上，着手拟订了《关于对生态系统、生境或物种构成威胁的外来物种的预防、引进和减轻其影响问题的指导原则》。[768]几次争取达成一致意见未果后，缔约国大会主席建议通过决定，在会议最后报告中记录澳大利亚提出的保留。但是，澳大利亚的代表重申，无法接受指导原则，“因此坚持其正式的反对意见”。[769]主席宣布辩论结束，并“根据既定做法”，宣布该项决定未经投票获得通过，并澄清说将把持异议的国家的反对意见反映在会议最后报告中。在决定得到通过后，澳大利亚重申其观点，即“协商一致是指在没有正式反对意见的情况下通过”，并对通过该决定草案的合法性表示关切。因此，第VI/23号决定的一个脚注指出“有一名代表在本决定通过过程中提出了正式反对意见，并强调指出，他并不认为缔约方大会可以合法地在有正式反对意见的情况通过一项动议或文本”。[770]

(34) 在这种情况下，《生物多样性公约》执行秘

因是各缔约方对就实质性问题作出决定所需的多数尚未达成协商一致意见”，见《生物多样性公约》缔约方大会第十一届会议(2012年10月8日 至19日)报 告(UNEP/CBD/COP/11/35)，第21页，第65段。

[764] 见1980年3月3日至21日在日内瓦举行的《关于禁止发展、生产和储存细菌(生物)及毒素武器和销毁此种武器的公约》缔约国审查会议临时议事规则中规则28第2款(BWC/CONF.I/2，第8页)。

[765] 见大会2006年9月8日关于振兴大会的第60/286号决议，该决议要求联合国秘书处“提供有关本组织政府间机构规则和做法的先例和实践，供公众查询”(附件，第24段)。

[766] 关于一些程序性问题的评论：“联合国实践中的协商一致：概论”，秘书处编写的文件，可获自www.un.org/en/ga/about/ropga (http://legal.un.org/ola/media/GA_RoP/GA_RoP_EN.pdf)；另见R. Wolfrum and J. Pichon, “Consensus”, *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*(可获自available from http://opil.ouplaw.com/home/epil)，第3–4段和第24段。

[767] 南极捕鲸(见上文脚注548)，第257页，第83段。

[768] 《生物多样性公约》缔约方大会第六届会议的报告(UNEP/CBD/COP/6/20)，附件一，第VI/23号决定。

[769] 同上，第313段。

[770] 同上，第316、318和321段；有关讨论，见第294–324段。缔约方大会的所有决定可获自www.cbd.int/decisions/。

书请联合国法律顾问提供法律意见。[771]法律顾问[772]表达了这样一种观点，即一个缔约方可以“不参与文件的实质或文本；表示其加入协商一致并不等于接受文件部分内容的实质或文本；和/或对该国政府关于文件实质或文本的立场提出任何其他限制”。[773]因此显然，即便有一个或多个缔约国反对决定的实质内容，决定仍然可能经协商一致通过。

(35) 在《生物多样性公约》下作出的决定和2010年《联合国气候变化框架公约京都议定书》缔约方会议在坎昆达成的一项类似决定（尽管有玻利维亚的反对意见），[774]提出了“协商一致”是指什么的重要问题。[775]但是，必须将这个不属于本专题讨论范围的问题，与条约全体缔约方是否就第三十一条第三款 (*a*) 项和 (*b*) 项所述条约解释的事项达成实质性一致意见的问题区分开来。凡是不体现缔约国大会全体缔约方就实质问题达成一致意见的决定，不能作为第三十一条第三款所指的协定，但也许可以成为第三十二条所指“其他嗣后实践”的一种形式（见结论草案4第3段）。[776]

(36) 另一个不同的问题是，缔约国大会的决定如果符合条件，属于第三十一条第三款下所指的协定，那么具有什么样的法律效力？2011年，海事组织法律事务处被要求“向理事机构[……]提供咨询意见，以说明就某项解释性决议作出决定的程序性要求，具体而言，是要说明作出这样的决定是否需要协商一致”。[777]海事组织法律事务处在答复中确认缔约国大会的决议原则上可以构成第三十一条第三款 (*a*) 项所指的嗣后协定，同时告知理事机构，即便缔约方大会经协商一致通过一项决定，也不意味着有关决定对全体缔约方有约束力。[778]

(37) 尽管海事组织法律事务处的意见源自一个错误的假设，即第三十一条第三款 (*a*) 项所指“嗣后协定”仅在“作为一项条约或其修正案”时有约束力[779]，但其得出的结论是正确的：即便缔约国大会协商一致的决定体现了关于解释的实质性协定，也不（必然）对全体缔约方有约束力（见上文结论草案9的评注第 (9)–(11) 段）。相反，正如委员会指出的那样，第三十一条第三款 (*a*) 项所指的嗣后协定只是在解释过程中可以考虑的不同的解释资料中的一项。[780]

(38) 因此，缔约国大会经协商一致通过的解释性决议即便本身不具有约束力，仍可成为第三十一条第三款 (*a*) 项所指的嗣后协定或第三十一条第三款 (*b*) 项所指的嗣后实践，条件是有充分的情况表明这是缔约方在通过决定时的意向，或缔约方的嗣后实践确立了一项关于条约解释的协定。[781]对于第三十一条第三款 (*a*) 项下的这种解释性决议，解释者必须给予适当的权重，但不一定要将之视为有法律约束力。[782]

---

[771] 该请求载于《生物多样性公约》秘书处的文件SCBD/SEL/DBO/30219（2002年6月6日）。

[772] 2002年6月17日的信函，通过传真发送。

[773] 同上。

[774] 见第1/CMP.6号决定：坎昆协议：附件一缔约方在《京都议定书》之下的进一步承诺问题特设工作组第十五届会议的工作结果，和第2/CMP.6号决定：坎昆协议：土地利用、土地利用的变化和林业（FCCC/KP/CMP/2010/12/Add.1）；以及作为《京都议定书》缔约方会议的《公约》缔约方会议议事录（FCCC/KP/CMP/2010/12），第29段。

[775] 见Nolte, “Third report for the ILC Study Group on treaties over time”（上文脚注673），第307页及其后，详第372–377页。

[776] 《2013年……年鉴》，第二卷（第二部分），第32页。

[777] 海事组织，文件LC 33/4，第4.15.2段。

[778] 海事组织，文件LC 33/J/6（见上文脚注743），第3段。

[779] 同上，第8段。

[780] 结论草案2的评注第 (4) 段（《2013年……年鉴》，第二卷（第二部分），第26页）。

[781] *南极捕鲸*（上文脚注548）（Greenwood法官的个别意见，第407–408页，第6段，和专案法官Charlesworth的个别意见，第453–454页，第4段）。

[782] 结论草案2的评注第 (4) 段（《2013年……年鉴》，第二卷（第二部分），第26页）。